Die Einwilligung in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von
WOLFGANG BRENDEL
Gerichtsreferendar in Magdeburg.

Berichterstatter: Prof. Dr. Arthur Wegner.

1 9 NOLTE 3 6

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINER LIEBEN MUTTER!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0136

SCHRIFTTUM.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922.
Altmann-Ehrenreich, Einführung in das österreichische Strafrecht, 1923.
Archbold's Pleading, Evidence, and Practice in Criminal Cases, 29. Aufl. 1934.
Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, Z. Str. Wiss. Bd. 44, S. 220 ff.
— Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. Aufl.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil. 1902.
Buri, Zu den §§ 223a, 201 ff. des Strafgesetzbuchs, Ger.S. Bd. 34, S. 341 ff.
Byrne, A Dictionary of English Law, 1923.
Calker, Strafrecht 1927.
Dibelius, England; 1924.
Doerr, Deutsches Strafrecht; Allg. Teil 1930.
Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.
Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Leipz. Komm.), 4. Aufl. 1929.
Feldmann, Rechtmäßige Handlung i. S. des Art. 25 (31) des schweizerischen Strafgesetzentwurfes, Diss. Zürich, 1916.
Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9. Aufl. 1826.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904.
— Das Strafrecht, 1894. (Für Österreich).
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.
Garraud, Les sports et le droit pénal; Revue internationale de droit pénal, 1924.
— Précis de droit criminel, 10. Aufl. 1909.
Gerland, Die verschiedenen Formen der Strafverfolgung insbesondere in der deutschen Strafprozeßordnung; Ger.S. Bd. 57, S. 81 ff.
— Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden; Vergleichende Darstellung, Allgem. Teil, Bd. II, S. 487 ff.
Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1926.
— Die vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts in kritischen Besprechungen; Zeitschrift für Schweizer Strafrecht Bd. 19, S. 148 ff.
Hälschner, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung; Ger.S. Bd. 35, S. 161 ff.
Harris, Principles and Practice of the Criminal Law, 15. Aufl. 1934.
Hoegel, Geschichte des österreichischen Strafrechts; 1904.
Heimberger, Strafrecht; 1931.
Hippel, Deutsches Strafrecht; 1930. Bd. II.
Hofacker, Sport und Körperverletzung; DJZ. 1932, S. 454.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten; 1919.
Kenny, Outlines of Criminal Law; 1934.
Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung; 1884.
— Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten; Ger.S. Bd. 38, S. 561 ff.
Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden; Arch. für Strafrecht, Bd. 49, S. 246 ff.

Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; 31. Aufl.
Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren; Ger.S. Bd. 35, S. 201.
Lammasch, Grundriß des Strafrechts; 1899.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 25. u. 26. Aufl.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 23. Aufl.
Lobe, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs; 1933.
Löffler, Die Körperverletzung; Vergleichende Darstellung, Besonderer Teil, Bd. V. S. 205 ff.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 26. Aufl. 1907.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente; Ger.S. Bd. 89, S. 207.
— Strafrecht, 2. Aufl. 1933.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, 11. Auflage, 1927.
Pier, Rassenbiologische Betrachtungsweise der Geschichte Englands; 1935.
Prins, Sciene pénale et droit positiv; 1899.
Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts; 1933.
Roedenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung; 1883.
— Volenti non fit iniuria; Ger.S. Bd. 37, S. 127.
Roux, Cour de droit criminel français; 1927.
Rozycki, Die Einwilligung im Reichsstrafgesetzbuch; Diss. Königsberg 1928.
Russell, A treatise on crimes and misdemeanors; 1923.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts; 1840.
Schmidt, Rich., Die Verantwortlichkeit des Arztes; 1900.
Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten; Strafr. Abhandlungen, Heft 248.
Stephen, A digest of the criminal law; 7. Aufl. 1926.
Stephen's Commentaries on the Law of England, 19. Aufl. 1928, Bd. IV.
Stooss, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts; 1910.
Thomson, Das deutsche Strafrecht; 1906.
Träger, Die Einwilligung des Verletzten; Ger.S. Bd. 94, S. 112.
Vidal-Magnol, Cour de droit criminel et de science pénitentiaire; 1927.
Zeiler, Sport und Körperverletzung; D.J.Z. Bd. 32, S. 454.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit; Arch. Ziv. Prais Bd. 99, S. 1.

GLIEDERUNG

Einleitung 1

I. Allgemeine Übersicht über die Stellung der Einwilligung im deutschen und in den fremden Rechten.

a) Deutsches Recht 1
b) Französisches Recht 5
c) Österreichisches Recht 7
d) Englisches Recht 9
e) Schweizer Recht 10

II. Einzelne Tatbestände.

a) Alter und Stellvertretung bei Abgabe der Einwilligung . . 11
b) Körperverletzung 16
c) Zweikampf 21
d) Der ärztliche Eingriff 24
e) Sportverletzung 29

III. Kann die Einwilligung im kommenden Strafrecht als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden? 35

EINLEITUNG.

Über das Problem der Einwilligung ist bereits derartig viel geschrieben worden, daß es nicht der Zweck der vorliegenden Arbeit sein kann, auf diesem Gebiete etwas Neues zu schaffen. Es soll vielmehr versucht werden, das Problem in den uns nahestehenden fremden Rechtsgebieten zu untersuchen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen. Berücksichtigt wurde das Recht Österreichs, Englands und Frankreichs; kurz gestreift ist der Schweizer Entwurf zu einem einheitlichen Strafgesetz.

Um eine Rechtsvergleichung vornehmen zu können, war es unumgänglich, auch die einzelnen Gebiete der Einwilligung im deutschen Recht darzustellen. Der Verfasser hat sich bei der Fülle der verschiedenen Ansichten dabei auf die hauptsächlichen Meinungen beschränkt.

Es ist davon Abstand genommen worden, der Arbeit einen besonderen rechtspolitischen Teil anzugliedern. Bei den einzelnen Fragen, die rechtsvergleichend behandelt werden, wird vielmehr zunächst der Standpunkt des deutschen und dann derjenige der anderen Rechte dargestellt; daran anschließend werden die Ergebnisse zueinander in Beziehung gesetzt und zugleich auch die auftauchenden rechtspolitischen Fragen erörtert.

Zunächst wird ein allgemeiner Überblick über den Stand der Einwilligung in den behandelten Rechten gegeben. Dann werden einzelne Tatbestände, die für die Einwilligung von besonderer Bedeutung sind, untersucht. Dadurch soll festgestellt werden, wie die Stellungnahme der einzelnen Rechte zu der Einwilligung sich praktisch auswirkt. In dem letzten Abschnitt der Arbeit wird die Frage aufgeworfen, wie sich voraussichtlich das kommende Strafrecht zu der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung stellen wird.

Die Stellung der Einwilligung im deutschen Recht.

Eine allgemeine Regelung über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten [1]) fehlt im deutschen Recht; nur an einzelnen Stellen des Gesetzes werden Fragen behandelt, welche dieses Gebiet berühren.

Bis zum Erscheinen von § 226 a StGB spielte § 216 StGB für die Bedeutung der Einwilligung insofern eine große Rolle, als man daraus

1) Mit Recht weist Schrey (S. 1) darauf hin, daß der allgemein übliche Ausdruck „Einwilligung des Verletzten" ungenau ist, wo es sich um eine rechtlich erhebliche Einwilligung handelt; eine Verletzung im strafrechtlichem Sinne liegt dann nicht vor. Schrey schlägt den Gebrauch folgender Wendung vor: Einwilligung dessen, der bei fehlender Einwilligung der Verletzte wäre; oder den bereits von Keßler (Einw. S. 2) verwandten kürzeren Ausdruck: „Einwilligung des Berechtigten".

Schlüsse allgemeiner Art ziehen wollte; insbesondere strebte man danach, in Analogie an § 216 StGB zu praktischen Ergebnissen für die Einwilligung bei der Körperverletzung zu gelangen. Bis zu einem gewissen Grade ist in unserem Problem durch § 226 a StGB Klarheit geschaffen worden; diese Vorschrift bezieht sich allerdings nur auf die Körperverletzung, deren Behandlung jedoch gerade die größten Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten mit sich gebracht hatte.

Bei der Frage nach der Bedeutung der Einwilligung stehen sich zwei Ansichten schroff gegenüber. Manche sprechen ihr jede Bedeutung ab, während andere grundsätzlich der Ansicht sind, daß der Einwilligung Bedeutung zukommt; bis zu welchem Grade das der Fall ist, wird allerdings von den einzelnen Vertretern ganz verschieden beantwortet.

Die rein verneinende Ansicht wird nur noch ganz vereinzelt vertreten, so z. B. von Thomson (S. 98); vgl. auch RG 2, 443 und RG 55, 189 wo es heißt: es spricht sogar die Tatsache, daß die Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt worden ist, dafür, daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden soll.

Das muß zu ganz unbilligen Ergebnissen führen. Man denke nur an den Fall, daß der Clown A sich von B in der Manege mit einem Stocke schlagen läßt und daß es sich dabei um Schläge handelt, die tatsächlich ausgeführt werden, um die Wirkung der Darstellung zu erhöhen. Nach geltendem Recht ist der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gegeben. Hälschner (Ger.S. 35, S. 179) sagt: „Das Gesetz erklärt die Körperverletzung für strafbar, ohne eine Ausnahme für den Fall zu machen, daß sie vorsätzlich einem Einwilligenden zugefügt wurde, und wie der Richter dazu kommen könnte, da wo das Gesetz schweigt, seinerseits eine Ausnahme zu machen, ist nicht einzusehen." Hälschner will allerdings aus dem Gedanken von § 216 StGB entnehmen, daß der Einwilligung bei der Körperverletzung strafmildernde Bedeutung zukomme. Da der weitgefaßte Strafrahmen für vorsätzliche Körperverletzung dem Richter in der Strafbemessung schon genügend Spielraum lasse, so sei eine dem § 216 StGB entsprechende Bestimmung überflüssig. Hälschner muß allerdings selbst zugeben, daß seine Ansicht nicht immer zu billigen Ergebnissen führt.

Bei der Ansicht, die der Einwilligung eine Wirkung zubilligt, gehen die Meinungen in den Einzelheiten stark auseinander. Im Rahmen dieser Arbeit können nur einige Punkte, die mehr praktische als theoretische Bedeutung haben, herausgegriffen werden. Das ist vor allem die Frage, in welchem Umfang die Einwilligung die Rechtswidrigkeit einer Handlung auszuschließen vermag.

Die früher herrschende Lehre (vgl. Berner, S. 138 ff.; Dohna, S. 146) wollte der Einwilligung dann unrechtausschließende Wirkung einräumen, wenn das verletzte Rechtsgut veräußerlich ist; anderseits soll die Einwilligung jeder Wirkung entbehren, wenn es sich um ein unveräußerliches Rechtsgut handelt. Damit ist jedoch keine Lösung

des Problems gegeben; die Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen oder auch zwischen verzichtbaren und unverzichtbaren Rechtsgütern ist nur eine Umschreibung und keine Antwort auf die Frage, wann die Einwilligung rechtlich erheblich ist. Es erheben sich sofort neue Schwierigkeiten, welche Rechtsgüter im einzelnen verzichtbar sind.

Als unveräußerlich werden diejenigen Rechte angesehen, welche die Wesensbestimmtheit der menschlichen Persönlichkeit oder eines anderen Rechtssubjektes, wie etwa des Staates, bilden und bei denen eine Verzichtleistung auf sie nach den Gesetzen der Vernunft oder der sittlichen Natur des Menschen ausgeschlossen ist. Es sind dies vor allem die Rechte auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, die Vermögensberechtigung als solche, sowie die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Einzelnen und des Staates; Honig (S. 10). Es fehlt bei dieser Ansicht jedoch ein allgemeiner Gesichtspunkt, wann z. B. in eine Verletzung der Gesundheit nicht wirksam eingewilligt werden kann. Oder soll die Einwilligung auch in eine leichte Körperverletzung immer unbeachtlich sein? Eine Entscheidung könnte immer nur von Fall zu Fall getroffen werden.

Ähnlich liegt der Fall, wenn auf das Verfügungsrecht abgestellt wird, Beling (S. 17). Dem Einwand Zitelmanns (S. 65), daß Verfügungsgewalt in diesem Sinne eigentlich nur bedeute, „wirksam einwilligen zu können", daß also an Stelle einer Erklärung nur ein anderer Ausdruck verwandt worden sei, scheint L.-Schmidt in seiner neuesten (26.) Auflage (S. 217) dadurch begegnen zu wollen, daß kasuistisch die Hauptfälle, in denen die Einwilligung eine Rolle spielen kann, untersucht werden. Das ist natürlich nur ein Hilfsmittel, das Einwilligungsproblem zu umgehen. Auch dann fehlt ein allgemeines Merkmal, an Hand dessen man zu einer befriedigenden Lösung gelangt.

Die Unzulänglichkeiten der hier wiedergegebenen Ansichten sind von verschiedenen Seiten erkannt worden, (Frank, S. 142; Gerland, VD. S. 497). Frank will allein entscheiden lassen, ob die betreffende Handlung, in die eingewiligt wird, im Interesse der Allgemeinheit (Staat, Gesellschaft) oder des unmittelbar Verletzten verboten ist. Im ersteren Fall ist die Einwilligung unbeachtlich, wie z. B. beim Tatbestand von § 306 StGB; ebenso Allfeld, (S. 141), Träger (S. 114), Heimberger (S. 48), Keßler (Einw. S. 64 ff.). Eine Schwierigkeit bietet diese Ansicht allerdings, die Frank (a.a.O.) auch zugibt. Woran soll erkannt werden, ob ein Delikt die Interessen der Allgemeinheit verletzt? Als Richtlinie kann dabei gelten, daß das einem Antragsdelikt zu Grunde liegende Verbot nur im Interesse des Verletzten ergangen ist, dessen Einwilligung also die Rechtswidrigkeit ausschließt, ähnl. auch Kronecker (Ger. S. 35, 222). Ferner muß angenommen werden, daß bei einem Privatklagedelikt das Interesse des Verletzten überwiegt.

Gerland (VD. S. 497) wendet sich gegen die Auffassung, daß man aus der Natur des Antragsdelikts einen Schluß auf die Erheblichkeit der Einwilligung ziehen will. Er sagt, die Einwilligung schließe

die Möglichkeit der Begehung des Verbrechens aus; die Nichtstellung des Antrags dagegen nur die Verfolgung eines bereits begangenen Verbrechens; ebenso ist Hippel (S. 246) dieser Ansicht. Das ist durchaus richtig. Wenn aber weiter gefolgert wird, daß man die Einwilligung nicht als Verzicht auf das Antragsrecht auslegen darf, so ist das höchst befremdend. Das würde doch bedeuten, daß die wirksam erteilte Einwilligung ohne weiteres durch Stellung des Strafantrags hinfällig gemacht werden könnte. An anderer Stelle (Ger. S. 57/139) versucht Gerland, ohne jedoch überzeugen zu können, nachzuweisen, daß der Verletzte bei Antragsdelikten die Pflicht habe, den Antrag zu stellen. Hippel (a.a.O.), der nicht der Ansicht ist, daß man aus der Natur des Antragsdelikts auf Wirksamkeit der Einwilligung schließen könne, muß aber zugeben, daß in der Einwilligung des Verletzten zugleich ein Verzicht auf Verfolgung, also auf Strafantrag liegt. Das würde jedoch im Ergebnis dem Standpunkt Franks gleichkommen.

Erkennt man eine — wenn auch in den Einzelheiten verschiedene — Wirkung der Einwilligung an, dann muß zunächst einmal festgestellt werden, was denn unter der „Einwilligung" rechtlich überhaupt zu verstehen ist. Es können zwei Hauptrichtungen unterschieden werden. Einwilligung ist die bewußte Zustimmung zu der Handlung eines anderen; diese Zustimmung braucht äußerlich nicht zum Ausdruck gekommen zu sein. (Willensrichtungstheorie) [2]).

Auf der anderen Seite [3]) versteht man unter der Einwilligung die erklärte Übereinstimmung des Willens des Berechtigten mit dem Willensakt eines anderen, (Willenserklärungstheorie). In Einzelheiten weichen die Vertreter dieser Ansicht voneinander ab. Einige fordern immer eine ausdrückliche Erklärung, während andere auch eine schlüssige Handlung genügen lassen wollen. Dabei wird noch je nach der Erheblichkeit des Eingriffs eine mehr oder weniger augenfällige Kundmachung der Einwilligung gefordert; vgl. dazu Klee (Arch. f. Strafr. 49/247): „Im übrigen richtet es sich ganz nach dem konkreten Fall, nach der Schwere und Bedeutung der fraglichen Verletzung, auf welche Weise, in welcher Intensität sich das Einverständnis mit der Vornahme der eine strafbare Handlung darstellenden Tat manifestieren muß. Je folgenschwerer, je erheblicher der Eingriff ist, in welchen eingewilligt wird, desto höher wird man die Anforderungen in dieser Hinsicht spannen". Die Anhänger der Willenserklärungstheorie sagen, daß ein innerer Vorgang zwar ein Wollen bedeuten könne, doch müsse verlangt werden, daß der innere Vorgang durch ein äußeres Verhalten in Erscheinung trete, wenn er rechtlich erheblich sein soll [4]).

---

2) Frank, S. 143; Mezger, Ger. S. Bd. 89, S. 209; RG. 51/64.

3) Keßler, Einw. S. 26; Rödenbeck, Ger. S. Bd. 37, S. 127; Zitelmann, S. 51 ff.

4) Interessant ist es vielleicht, zu dieser Frage einen Blick auf das römische Recht zu werfen. Grundsätzlich wird hier eine nach außen wahrnehmbare Erklärung des Willens gefordert. Das bloße Stillschweigen zu den

Daß dieser Theorienstreit nicht ohne praktische Bedeutung ist, beweist ein einfaches Beispiel: A sieht, wie zwei Jungen einen Papierdrachen aus seinem Laden stehlen. Denkt er bei sich, er will sie den geringwertigen Gegenstand ruhig wegnehmen lassen, ohne sie deswegen zu belangen, so würde das nach der Willensrichtungstheorie eine wirksame Einwilligung sein, nicht dagegen vom Standpunkt der Willenserklärungstheorie. Hier tritt der Unterschied der beiden Ansichten augenfällig zu Tage. Die Willensrichtungstheorie geht also weiter; sie knüpft den Ausschluß der Rechtswidrigkeit an geringere Voraussetzungen. Ihr dürfte auch nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens der Vorzug zu geben sein, Gerland (VD. S. 491). Allerdings ist hierbei zu beachten, daß man rein inneren Vorgängen, die in der Außenwelt in keiner Weise wahrgenommen zu werden brauchen, Erheblichkeit zubilligt; darauf weist besonders Keßler (Ger. S. Bd. 38 S. 568) hin. Auch sind solche inneren Vorgänge nur sehr schwer zu beweisen. Allein, diese Beweisschwierigkeiten dürfen noch kein Grund sein, die Willensrichtungstheorie abzulehnen. Das ist auch nicht der einzige Fall, in dem schwer zu beweisende innere Vorgänge eine erhebliche Rolle spielen. Man denke nur an die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag!

Diese kurze Darstellung über den Stand des Problems der Einwilligung im deutschen Recht mag genügen, um einen Einblick in die zahlreichen Meinungsverschiedenheiten und Zweifelsfragen zu geben.

Die Stellung der Einwilligung im französischen Recht.

Der Code pénal kennt die Einwilligung nicht als einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund. Ähnlich wie im deutschen Recht wird von der Wissenschaft der Versuch gemacht, die Tatbestände herauszuarbeiten, bei denen der Einwilligung eine Bedeutung beigelegt werden kann. Roux (S. 208) sagt, daß der Satz „volenti non fit iniuria" in früheren Zeiten eine ausgedehntere Anwendung erfahren habe, da strafbare Tatbestände sich größtenteils als Privatklagedelikte darstellten. Anders war es nur bei Vergehen gegen die öffentliche Ordnung; dort galt der Satz „ius publicum privatis pactis mutari non potest". Vidal-Magnol (S. 352) will den Unterschied in den angeborenen, unveränderlichen und unveräußerlichen Rechten einerseits und den erworbenen, veränderlichen und veräußerlichen Rechten anderseits sehen.

Handlungen eines anderen kann in der Regel nicht als Einwilligung oder Zugeständnis betrachtet werden. Qui tacet, consentire videtur ist keineswegs die Regel, sondern trifft nur auf ganz bestimmte Ausnahmen zu, ähnlich wie es im heutigen deutschen Recht der Fall ist. Diese Ausnahmen dürfen jedoch nicht durch Aufnahme ähnlich liegender Fälle vermehrt werden. Zeigt z. B. eine geschiedene Frau dem Mann ihre Schwangerschaft an, so gilt dessen Schweigen als Anerkennung des Kindes. Vgl. dazu auch Savigny (Bd. III S. 248 ff.).

Wie wir schon bei der Darstellung des deutschen Rechts festgestellt haben, läßt sich mit dieser Unterscheidung nicht viel anfangen, da im Einzelfall nicht gesagt wird, welches Recht angeboren ist. Es werden daher Aufzählungen vorgenommen und als angeborene Rechte angesehen: das Recht auf das Leben, welches das Recht auf körperliche Unversehrtheit und auf Notwehr mit umfaßt; ferner das Recht auf Freiheit, auf Gleichheit vor dem Gesetz u. ä. Im Gegensatz dazu stehen die erworbenen Rechte, auf die also verzichtet werden kann. Bei Vidal-Magnol (a.a.O.) wird hervorgehoben, daß die letzte Gruppe wieder dadurch eine Einschränkung erfährt, daß der Einzelne in dem Staatsverbande, in der Gemeinschaft lebt. Wenn sich ein Angriff zugleich gegen ein Recht des Einzelnen und der Gesamtheit richtet, dann kann in die Verletzung nicht wirksam eingewilligt werden; vgl. auch art. 4 Code d'instr. crimin.[5]).

Durch die Zugehörigkeit des Einzelnen zur Gemeinschaft werden ihm einerseits bei der Ausübung seiner Rechte gewisse Rücksichten auferlegt, anderseits greift aber der Staat in die Rechte des Individuums selbst ein. So hat z. B. der Einzelne das Recht auf Freiheit; der Staat kann dieses Recht jedoch beschränken, indem er ihn zum Heeresdienst heranzieht und ihn u. U. auch in den Krieg schickt.

Es folgt daraus, daß im allgemeinen die Einwilligung im französischen Recht unbeachtlich sein soll; arg. aus art. 65 Code pénal[6]). Die Rechtswidrigkeit der Handlung wird nicht ausgeschlossen, der Täter bleibt nicht straflos. Indessen gibt es einige Tatbestände, bei denen das Fehlen der Einwilligung Begriffserfordernis ist; sie gelangen nicht zur Entstehung, wenn der Berechtigte vor oder während der Tat seine Einwilligung abgibt[7]). Daß diese Einwilligung vollständig freiwillig abgegeben sein muß, ist selbstverständlich.

Es wird von der französischen Wissenschaft zugegeben, daß der gegenwärtige Stand keineswegs befriedigend ist. Namentlich bei den Tötungsdelikten gelangt man zu unbilligen Ergebnissen; denn es muß doch ein Unterschied gemacht werden können zwischen jemandem, der einen unrettbaren Kranken von seinen Leiden erlöst, und einem anderen, der aus Haß oder Rache einen Mitmenschen ums Leben bringt. Bei Vidal-Magnol (S. 357) wird eine dem deutschen Recht entsprechende Regelung der Tötung auf Verlangen vorgeschlagen.

Für das belgische Recht, das aus dem französischen entstanden ist und sich eng an den Code pénal anlehnt, gelten im Wesent-

---

5) Art. 4 Code d'instr. crimin.: La renociation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique.

6) Art. 65 Code pén.: Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée que dans les cas et les consistances où la loie déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse.

7) Ainsi le consentement de la partie lésée empêchera l'existence juridique du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance, puisque ces délits impliquent nécessairement pour leur existance l'absence de volonté oú la surprise par fraude de la volonte de la victime; Vidal-Magnol (S. 253); ähnl. auch Roux (S. 209).

lichen dieselben Grundsätze. Prins (S. 204) sagt, daß selbst bei den kleinsten Diebstählen „le ministère publique" entscheide, ob eine strafbare Handlung vorliegt. Es wird dann allerdings zugegeben, daß es bei einigen Delikten am Tatbestand fehlt, wenn der Berechtigte eingewilligt hat.

Die Einwilligung im österreichischen Recht.

Das Strafgesetzbuch Österreichs ist eins der wenigen, in denen sich eine allgemeine Bestimmung über die Einwilligung findet. § 4 StG sagt: „Das Verbrechen entsteht aus der Bosheit des Täters, nicht aus der Beschaffenheit desjenigen, an dem es verübt wird. Verbrechen werden also auch an Übeltätern, Unsinnigen, Kindern, Schlafenden, auch an solchen Personen begangen, die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen".

Von dieser Bestimmung ist nur der Schluß von Bedeutung. Der erste Teil ist wohl auch für jeden nur halbwegs gebildeten Laien selbstverständlich. Interessant ist es, einen Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zu werfen. Bei der Beratung über den Entwurf wurde der Antrag gestellt, die ganze Vorschrift einfach zu streichen, da der erste Teil überflüssig und der Schluß nicht richtig sei; z. B. hinsichtlich der Vermögensrechte. In dem Protokoll über die Beratung heißt es jedoch: „Der oberste Landrichter erachtete hingegen, diesen Paragraphen nach seinem ganzen Inhalt zu belassen. Es sei zwar wahr, daß der Inhalt dieses Paragraphen ohnehin jedermann einleuchtend sei, jedoch könnte bei den Richtern, indem sie bemerkten, daß dieser Absatz, welcher in dem Josephinischen Strafgesetzbuch steht, weggelassen worden sei, leicht eine irrige Meinung entstehen. Die übrigen Stimmen traten auch der obigen Meinung bei in der Erwägung, daß alles jenes, was nicht schadet und vielmehr Nutzen bringen kann, in der Gesetzgebung belassen werden könne, und es wurde konkludiert, diesen Paragraphen nach seiner Enunziation vollkommen hier zu belassen". Vgl. dazu auch Hoegel (S. 189).

Diese Begründung mutet fürwahr etwas eigenartig an, wenn man bedenkt, daß es das Bestreben eines Gesetzbuches gerade sein muß, in möglichst kurzer, klarer Form alles Notwendige zu sagen. Wohin sollte es führen, wenn man alle Vorschriften, die nicht schaden, sondern nur u. U. Nutzen bringen können, in ein Gesetzbuch aufnehmen bzw. darin belassen wollte!

Das Gesetz nimmt an, daß die Einwilligung des Geschädigten die Bosheit des Täters, den bösen Vorsatz nicht ausschließe. Lammasch (S. 33) will daraus den Satz „et volenti fit iniuria" herleiten. Daß dies nicht in vollem Umfang richtig ist, wird von ihm selbst eingeräumt; es liegt im Wesen mancher Deliktsbegriffe, daß sie nur gegen den Willen des Berechtigten vorgenommen werden können. Bei dieser Art

von Tatbeständen wird der „böse Vorsatz" durch die Einwilligung ausgeschlossen, (Altmann-Ehrenreich, S. 46).

Man sollte meinen, daß durch die einfache und klare Fassung des österreichischen Strafgesetzes alle Zweifel ausgeschaltet sind. Allein gerade das Hauptproblem, ob nämlich die Vorschrift nur für Verbrechen oder auch für Vergehen und Übertretungen gilt, ist bestritten. Finger (S. 249), der mit seiner Ansicht allerdings allein dasteht, will aus § 239 StG schließen, daß § 4 nur für Verbrechen gilt [8]). § 239 legt nur den Bestimmungen der §§ 5—11 StG auch für den zweiten Teil des Strafgesetzes Geltung bei; da die Vorschrift von § 4 nicht mit erwähnt wird, so folgert Finger daraus, daß er für Vergehen und Übertretungen keine Bedeutung hat. In diesen Fällen würde nach Fingers Ansicht die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit des Täters dort ausschließen, wo sich die strafbare Handlung zunächst gegen die Interessen des Einwilligenden richtet. In dieser Beziehung könnten in Betracht kommen die Vergehen und Übertretungen gegen die Sicherheit des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Ehre. Aus diesen strafbaren Handlungen will Finger diejenigen ausschließen, die ihre Richtung nicht nur gegen das Interesse des Einzelnen — des Einwilligenden — nehmen. Straflos wäre danach die an einem Einwilligenden vorgenommene Körperverletzung. Eine Ausnahme gilt natürlich hinsichtlich § 49 des Wehrgesetzes, wenn die Handlung in der Absicht vorgenommen wird, den Einwilligenden zum Militärdienst untauglich zu machen.

Die andere, herrschende Meinung hält sich eng an den Wortlaut von § 4 und erklärt die Einwilligung in jedem Fall, auch bei Vergehen und Übertretungen für unbeachtlich. Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, werden allerdings zahlreiche Einschränkungen vorgenommen. Zunächst fallen naturgemäß die Tatbestände fort, die ein Handeln gegen den Willen des Verletzten verlangen. Darüber hinaus sagt man jedoch, daß die meisten Güter von Personen, und zwar nicht etwa nur diejenigen vermögensrechtlicher Art, mit Einwilligung des Berechtigten überhaupt nicht geschädigt werden können; wenn aber die Inhaber des Rechtsgutes nicht geschädigt werden, dann ist begrifflich eine Einwilligung in den Schaden, der ja nicht entstanden ist, nicht denkbar. Vgl. hierzu Stooß (S. 141); Hoegel (S. 130). Da das Gesetz in § 4 von einem Schaden spricht, zu dem die Einwilligung unbeachtlich ist, so muß immer erst geprüft werden, ob denn ein solcher entstanden ist. Im Endergebnis wird es ziemlich gleichgültig sein, ob man die Einwilligung in Übertretungen und Vergehen für beachtlich erklärt oder ob man keinen „Schaden" anerkennt. Rittler (S. 105) geht noch weiter und will bei allen Privatklage-, Antrags- und Ermächtigungsdelikten die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung ausschließen. Durch die Gestaltung des Strafverfahrens zeige der Gesetzgeber, daß hier die Interessen der Allgemeinheit zurück-

---

8) Anderer Ansicht sind: Stooß, S. 141; Rittler, S. 105; Lammasch, S. 33.

treten und daß er den Träger des Gutes nicht weiter zu schützen gedenkt, als dieser es selbst verlangt; oder m. a. W. der Gesetzgeber schützt nicht das Gut absolut, sondern nur soweit es wirklich für seinen Träger ein Gut ist.

Die Stellung der Einwilligung im englischen Recht.

„Am stärksten beeinflußt durch das römische Recht ist das heutige englische, während im deutschen und noch mehr im österreichischen Rechte sich germanische Einflüsse vorwiegend bemerkbar machen", so sagt Löffler (S. 209). Dieser Satz ist in seiner allgemeinen Fassung zweifellos nicht ganz richtig. Zwar finden sich auch im englischen Recht römisch-rechtliche Gedanken, die Grundlage ist jedoch germanischen Ursprungs, (vgl. Dibelius. S. 349; Pier, S. 33). Eine Rezeption — wie Deutschland — hat England nicht erlebt. Da das englische Strafrecht keine Kodifikation erfahren hat, müssen die allgemeinen Richtlinien aus den maßgeblichen Entscheidungen herausgearbeitet werden. Der Grundsatz „volenti non fit iniuria" ist herrschend; die Beschränkungen erscheinen als Ausnahmen und beruhen auf der Unterscheidung von veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten. Das Leben gilt stets als unveräußerlich; die Einwilligung in die Tötung beseitigt also die Rechtswidrigkeit nicht. Weiterhin ist jede Einwilligung zu einer Handlung unwirksam, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, Stephen (S. 209), Archbold (S. 940). Harris (S. 209) hebt außerdem noch hervor, daß die Einwilligung mehr als das Geschehenlassen der Handlung bedeutet. Bloßes Dulden kann noch nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen werden. Die Einwilligung muß ferner in Kenntnis aller Begleitumstände gegeben sein. Wenn jemand, ohne es zu sein, sich als Arzt ausgibt und ein anderer sich von ihm operieren läßt, so liegt keine rechtsgültige Einwilligung vor, Kenny (S. 158).

Ungewiß ist es, inwieweit man in eine Körper- oder Todesgefahr wirksam einwilligen kann. Soweit es sich um einen ärztlichen Eingriff handelt, ist die Einwilligung in eine Lebensgefahr natürlich in unbeschränktem Ausmaß gültig, Stephen (Comm. S. 43). Es besteht darüber keine maßgebende Entscheidung. Stephen (S. 209) hält es unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Schadens für verboten, daß jemand unter Zuziehung von Zuschauern sein Leben aufs Spiel setzt. Allerdings wird seine Ansicht in dieser Beziehung nicht ganz klar. Er gibt folgendes Beispiel: Mit der Einwilligung von B fährt A ihn in einem Gestell auf einem Seil, welches in großer Höhe über dem Erdboden gespannt ist; C hat A und B zu dieser Tätigkeit veranlaßt, D und E bezahlen Geld, um die Ausführung zu sehen. B wird getötet. Stephen stellt nun die Frage, ob A, C, D, E alle, oder wer von ihnen des Totschlags schuldig sei. Eine Antwort darauf gibt

er nicht. Keinesfalls kann es jedoch so sein, daß eine strafbare Handlung vorliegt, wenn es sich in dem Beispiel bei A und B um berufsmäßige Artisten und bei C um einen Manager handelt.

Bemerkenswert ist es, daß wir in den englischen Entscheidungen Definitionen über die Einwilligung, ihr Wesen und Anwendungsgebiet treffen[9]); dadurch werden einige Zweifelsfragen von vornherein ausgeschieden.

Die Stellung der Einwilligung im Schweizer Entwurf.

Mit Rücksicht darauf, daß die Schweiz strafrechtlich noch unter den Gesetzen der einzelnen Kantone steht, kann hier nur die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Entwurf gestreift werden. Wenn auch der besondere Teil des Strafrechts in den Kantonen große Unterschiede aufweist, so ähneln sich doch die allgemeinen Lehren in großem Maße; durch die Entscheidungen des Bundesgerichts ist in vieler Hinsicht Klarheit geschaffen worden.

Der allgemeine Teil des Entwurfs weist keine Regelung der Einwilligung auf. Wie in den meisten anderen europäischen Rechten will Hafter (Lehrb. S. 162) die Lösung teils aus den einzelnen Deliktstatbeständen teils aus der Zweckbestimmung des Strafrechts entnehmen; er kommt dabei zu den üblichen Folgerungen, daß bei verschiedenen Tatbeständen ihrer Natur nach ohne Rücksicht auf die Einwilligung gestraft wird, wie z. B. beim Wucher und bei der Abtreibung mit Zustimmung der Schwangeren, während andere Vorschriften, wie die Nötigung, ein Handeln gegen den Willen des Verletzten voraussetzen. In den übrigen Fällen wird unterschieden zwischen den gegen die Allgemeinheit und den gegen Einzelinteressen gerichteten Straftaten. Bei letzteren soll die Einwilligung grundsätzlich erheblich sein; das öffentliche Interesse tritt bei Delikten gegen das Vermögen. die Ehre die Freiheit und gegen das Geschlechtsleben regelmäßig zurück.

Beachtung verdienen Artikel 48 und 49 des Entwurfs, wonach die Strafe erheblich gemildert werden kann, wenn der Täter das Verbrechen aus „achtungswerten Beweggründen" begangen hat. Diese Vorschrift kann auch für die Einwilligung bedeutsam werden. Damit wird jedoch die Frage nach der Rechtswidrigkeit einer Tat nicht beantwortet; es handelt sich nur um die Möglichkeit, eine mildere Strafe festzusetzen. Das ist wichtig für den Fall der Tötung auf Verlangen. Hafter (Zeitschr. S. 150) verspricht sich von dieser Vorschrift einen besseren Erfolg, als wenn dem Richter von vornherein ein privilegierter Fall der Tötung vorgelegt wird; er ist der Ansicht, daß der Richter

9) Stephen, S. 206: The word „consent" means a consent freely given by a rational and sober person so situated as to be able to form a rational opinion upon the matter to which he consents.

einem allgemeinen Milderungsgrund gegenüber kritischer und objektiver vorgehen wird. Allerdings führt in einem Fall der Tötung auf Verlangen der Entwurf nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Da die Tötung mit 10—15 Jahren Zuchthaus bestraft wird, so müßte nach der Vorschrift über die Strafmilderung auf mindestens fünf Jahre Zuchthaus erkannt werden; das ist ein zu hohes Minimum, wenn man an die Fälle denkt, wo der Arzt dem schwer leidenden Kranken auf dessen Wunsch zu einem schnellen Tode verhilft. Der Fehler liegt jedoch bei der zu engen Bemessung des Strafrahmens bei der Tötung. Man sollte dem Richter bei der Strafzumessung größere Freiheit einräumen.

Alter — Stellvertretung.

Bei der Begriffsbestimmung der strafrechtlichen Einwilligung tauchte die Frage auf, ob sie dasselbe wäre wie die zivilrechtliche Einwilligung, nämlich ein Rechtsgeschäft; so insbesondere Zitelmann (S. 56 ff.). Stellt man sich auf diesen Standpunkt, dann kommt man zu dem Ergebnis, daß auf die strafrechtliche Einwilligung die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden müßten; sie wäre nach den Regeln über die Rechtsgeschäfte zu beurteilen. Mezger (S. 208) sagt, diese Auffassung verwechsele zwei verschiedene Begriffe miteinander: die Einwilligung als Rechtsgeschäft und die hier in Rede stehende Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Die Minderjährigen unter sieben Jahren würden also zur Abgabe einer Einwilligung nicht im Stande sein, die Minderjährigen zwischen sieben und einundzwanzig Jahren nur in beschränktem Umfang.

In der Wissenschaft ist man sich ziemlich einig darüber, daß die Zitelmannsche Lehre für die Praxis unbrauchbar ist. Da das Gesetz selbst jedoch über das zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung erforderliche Alter nichts sagt, so stehen sich eine Fülle verschiedener Ansichten gegenüber.

Gerland (VD. S. 504) fordert zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung vollendetes achtzehntes Lebensjahr; er leitet diese Ansicht aus § 65 StGB ab, der einer verletzten Person dieses Alters ein selbständiges Antragsrecht gibt. Es wird also die Beurteilungsfähigkeit einer erlittenen Verletzung vorausgesetzt. Ist die Erkenntnisfähigkeit einer Verletzung als solcher gegeben, dann ist kein innerer Grund mehr vorhanden, eine Einwilligung auszuschließen. Denn der Ausschluß kann nur geboten sein unter der Voraussetzung, daß der Einwilligende nicht weiß, was er tut, eine Verletzung ihrem Wesen nach noch nicht zu beurteilen vermag.

Begrüßenswert an dieser Ansicht ist, daß Gerland sich von zivilrechtlichen Begriffen freimacht und die Entscheidung nach rein strafrechtlichen Gesichtspunkten treffen will. Ob allerdings eine analoge Anwendung von § 65 StGB gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft; vgl. hierzu Rozycki (S. 28).

Ebenfalls zu einer oberen Grenze von achtzehn Jahren hinsichtlich der Beschränkungen der Einwilligung gelangen v. Liszt (§ 35) und M.-Allfeld (S. 222 A. 49). Sie wollen die Bestimmungen über die Deliktsfähigkeit (§ 1 JGG) entsprechend anwenden. Man könnte nach ihrer Ansicht also mit achtzehn Jahren unbeschränkt einwilligen; von vierzehn bis achtzehn Jahren jedoch nur dann, wenn man die zur Erkenntnis der Bedeutung der Einwilligung erforderliche Einsicht besitzt.

Frank (S. 143) stellt sich auf den Boden der Zitelmannschen Rechtsgeschäftslehre, soweit die Erteilung der Einwilligung den Charakter eines bürgerlichen Rechtsgeschäfts trägt. Im übrigen soll die Entscheidung je nach der Lage des einzelnen Falles getroffen werden, ob der Verletzte die nötige Urteilskraft hat und ob die Einwilligung seiner wahren Gesinnung entspricht. Unbeschränkt — auch bei nichtrechtsgeschäftlicher Einwilligung — zur Abgabe der Erklärung sind also nur solche Personen fähig, die das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben.

Eng mit dem Alter des Einwilligenden hängt die Frage zusammen, ob man sich bei der Abgabe einer wirksamen Einwilligung vertreten lassen kann. Nicht sehr schwierig liegt der Fall bei der gesetzlichen Stellvertretung. Bis auf einige Ausnahmen wie Mezger (S. 211), Lobe (S. 46) und M.-Allfeld (S. 222), welche die Möglichkeit einer Stellvertretung überhaupt verneinen, wird durchweg die Möglichkeit einer gesetzlichen Stellvertretung anerkannt. Mezger hält eine Stellvertretung im Willen für unzulässig, da sie mit dem persönlichen Charakter des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht zu vereinbaren sei. Er sagt nichts Näheres darüber, ob er nur die gewillkürte Stellvertretung für unzulässig erachtet oder auch die gesetzliche.

Schwierigkeiten bereitet die gewillkürte Stellvertretung. Als Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie läßt Zitelmann (S. 62) sowohl die gesetzliche wie die gewillkürte Stellvertretung nach den Vorschriften des BGB gelten.

Andere wie Keßler (S. 204) und Klee (Goldt. Arch. Bd. 54 S. 275 ff.) wollen nur eine gesetzliche Stellvertretung zulassen. Gerland (VD. S. 505) und ähnlich Honig (S. 169) will sie auf das Fürsorgerecht des BGB beschränken. Da er gleichzeitig die Ansicht vertritt, daß eine Person unter achtzehn Jahren nicht rechtswirksam einwilligen kann, so kommt er zu klaren Ergebnissen. Er weist darauf hin, daß demgegenüber die Lehre, welche die Bedeutung der Einwilligung eines Jugendlichen von Fall zu Fall entscheiden will, mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen haben wird.

Über das Alter, das zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung erforderlich ist, enthält das österreichische Recht keine Bestimmung. Dieses Schweigen ist nicht weiter verwunderlich, da im § 4 die Einwilligung ganz allgemein für unbeachtlich erklärt wird. Trotzdem taucht das Problem des Alters und der Stellvertretung auch in dem österreichischen Recht auf, weil es Fälle gibt, in denen trotz § 4 der Einwilligung von Wissenschaft und Praxis Beachtung geschenkt

wird. Wie oben schon gesagt ist, sind das hauptsächlich die Vermögensdelikte. Bei einzelnen Tatbeständen schreibt das Gesetz auch indirekt selbst das zur Einwilligung erforderliche Alter vor; so ist z. B. hinsichtlich der Zustimmung zum Geschlechtsverkehr ein Alter von vierzehn Jahren erforderlich § 127 StG. Finger (S. 248) ist der Ansicht, daß die Zustimmung zur Freiheitsbeschränkung von jeder Person erteilt werden könne, die das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat; er folgert das aus § 97 StG, in welchem die Entführung wider Willen gleichgesetzt wird der Entführung einer Person, die noch nicht vierzehn Jahre alt ist; und außerdem wird die Einwilligung eines Vierzehnjährigen in die Entführung als wesentlicher Strafmilderungsgrund angesehen. Ähnlich wie auch Ansichten im deutschen Recht will Finger für die Einwilligung in die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts die Geschäftsfähigkeit fordern. Eine Stellvertretung hält er nur insoweit für zulässig, als sie sich auf das formale Element der Erklärung bezieht.

Anderer Ansicht hinsichtlich des Alters ist Rittler (S. 106). Er will die Entscheidung immer von der jeweiligen Lage des Einzelfalls abhängig machen, ohne daß zvilrechtliche Bestimmungen maßgebend sein sollen.

Für das englische Recht erwähnt Stephen (S. 207) die Möglichkeit der Stellvertretung bei Abgabe einer Einwilligungserklärung. Allerdings scheint er sie nur beim ärztlichen Eingriff zulassen zu wollen. Aus der Art der Behandlung dieser Frage kann entnommen werden, daß das zur Abgabe einer Einwilligung erforderliche Alter nicht an zivilrechtliche Voraussetzungen gebunden ist. Er sagt, daß der gesetzliche Vertreter zur Abgabe der Einwilligung berechtigt sei für ein Kind, welches unter seiner Obhut steht und welches zu jung ist, um einen vernünftigen Entschluß in dieser Richtung zu fassen. Diese zweite Tatsache hat das Gericht nach seinem freien Ermessen festzustellen. Der Minderjährige ist also nicht schlechthin zur Erklärung der Einwilligung unfähig; es muß vielmehr in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob er gerade für den in Betracht kommenden Eingriff selbständig entscheiden kann oder nicht.

Bei Handlungen, die das Schamgefühl verletzen, kann man es nicht als erhebliche Einwilligung ansehen, wenn Kinder in jüngeren Jahren meist in Unkenntnis des Zweckes einer solchen Handlung, diese sich gefallen lassen. Daher wird von dem englischen „Entwurf" (Criminal Law anmendment Act) das Mindestalter von sechzehn Jahren gefordert, um in die Vornahme unzüchtiger Handlungen einwilligen zu können; Russell (S. 846).

Im französischen Recht erwähnen weder Gesetzgebung noch Wissenschaft das Problem des Alters oder der Stellvertretung bei der Abgabe der Einwilligung.

Rechtspolitisch ist zu dem Problem des Alters und der Stellvertretung bei der strafrechtlichen Einwilligung zunächst zu sagen, daß man sich von zivilrechtlichen Begriffen freimachen muß. Es ist

nicht so, daß man zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung geschäftsfähig sein muß. Aus den Bestimmungen der §§ 65 und 173 StGB und § 1 JGG kann entnommen werden, daß strafrechtlich betrachtet die obere Grenze achtzehn Jahre ist, wo das Alter eine Rolle spielt. Personen, die älter sind, werden ohne Unterschied behandelt; es ist gleichgültig, ob sie im Sinne des BGB noch minderjährig sind. Damit wird auch die Meinung von Honig (S. 167) und Frank (S. 143) hinfällig, welche die Geschäftsfähigkeit des bürgerlichen Rechts insoweit für maßgeblich erklärt als die Einwilligung den Charakter eines Rechtsgeschäfts trägt. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Eine Person über achtzehn Jahre kann vielmehr immer wirksam einwilligen, soweit die Einwilligung an sich überhaupt möglich ist. Daran ändert es auch nichts, daß eine Einwilligung, die sich als Rechtsgeschäft darstellt, nach bürgerlichem Recht regelmäßig nichtig bzw. schwebend unwirksam ist.

Wenn das BGB den wirtschaftlich unerfahrenen Minderjährigen vor Schäden bewahren will und deshalb seinem in einem Rechtsgeschäft zum Ausdruck gekommenen Willen nur beschränkte Bedeutung beilegt, so ist das doch schließlich noch kein Grund, diesem Willen auf dem Gebiete des Strafrechts die unrechtausschließende Wirkung zu versagen. Außerdem greift da, wo der Minderjährige in unsittlicher Weise übervorteilt werden soll, die strafrechtliche Vorschrift des Wuchers ein.

Es bleibt noch die Frage zu lösen, wie die Einwilligung von Personen unter achtzehn Jahren strafrechtlich behandelt werden soll. Zunächst scheiden die Fälle aus, in denen eine Lösung aus dem Gesetz zu entnehmen ist wie z. B. bei § 176 III und § 182 StGB. Im ersteren Fall wird das Alter von vierzehn Jahren als hinreichendes Merkmal für die geschlechtliche Erfahrung eines Menschen angesehen; die Vornahme unzüchtiger Handlungen an einem Mädchen unter vierzehn Jahren wird in jedem Fall, an einem Mädchen über vierzehn Jahren jedoch nur dann als Unzucht bestraft, wenn sie wider deren Willen vorgenommen worden sind. § 182 will gleichfalls die geschlechtlich unerfahrenen Mädchen schützen, der Wille des unbescholtenen Mädchens über sechzehn Jahre schließt jedoch den Tatbestand der Verführung aus.

Im übrigen wird man wie im englischen Recht und der von dem Reichsgericht geübten Rechtsprechung darauf abstellen müssen, ob der Einwilligung im Einzelfall eine Wirkung zugebilligt werden kann. Unter gewissen Voraussetzungen und je nach der Schwere des Eingriffs wird man auch den Minderjährigen unter achtzehn Jahren eine Fähigkeit zur Erteilung einer wirksamen Einwilligung zugestehen müssen. Andernfalls würde man zu ganz unbilligen Ergebnissen kommen. Man müßte den neunzehnjährigen A, der dem siebzehnjährigen B mit dessen Einwilligung das Frühstücksbrot aus der Tasche nimmt, wegen Mundraub bestrafen. Andererseits kann man die Einwilligung eines Fünfzehnjährigen, daß jemand mit ihm onanistische Handlungen vornimmt, nicht für wirksam halten.

Die Einwilligungsfähigkeit dieser jugendlichen Personen muß daher davon abhängig gemacht werden, ob sie im Einzelfall die zur Erkenntnis der Schwere der Verletzung notwendige Urteilskraft auf dem Gebiete des sozialen Lebens besitzen. Zu demselben Ergebnis kommen eine ganze Anzahl von Schriftstellern [10]). Auch Mezger (S. 210) vertritt eine ähnliche Ansicht; er sagt aber nicht eindeutig, ob er als obere Grenze das Alter von achtzehn Jahren gelten lassen will; das ist jedoch anzunehmen, da er (a.a.O.) die Ansicht vertritt, daß zivilrechtliche Gesichtspunkte nicht entscheidend sein können.

Eine untere Grenze für die Möglichkeit der Einwilligung überhaupt aufzustellen erscheint überflüssig. Bei Anwendung der gewonnenen Erfahrungen ergibt es sich von selbst, daß je jünger der Einwilligende ist, desto öfter sein Wille ohne Bedeutung ist, weil ihm die nötige Einsicht fehlt.

Gerland (VD. S. 504) wendet sich gegen diesen Standpunkt und vertritt die Ansicht, daß Personen unter achtzehn Jahren nicht wirksam einwilligen können. Er begründet seine Meinung damit, daß man der Rechtsprechung die Entscheidung nicht darüber zuschieben könne, wann die Einwilligung in jedem einzelnen Fall wirksam ist. Das spricht jedoch nicht gegen die hier vertretene Ansicht, haben wir doch eine Parallele dazu bei der Schuld, wo die Richter auch immer prüfen müssen, ob der Jugendliche die nötige Einsicht gehabt hat.

Eine gesetzliche Vertretung bei Abgabe der Einwilligung muß ohne weiteres statthaft sein; das ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit aus den Erfordernissen des täglichen Lebens. Wenn ein Kind sich einer schweren Operation unterziehen muß, von deren Tragweite es sich überhaupt keine Vorstellungen machen kann, so ist doch zweifellos der gesetzliche Vertreter in der Lage, für das Kind wirksam eine Einwilligung abzugeben. Bei der gesetzlichen Stellvertretung zeigt sich auch wieder deutlich der Unterschied zwischen bürgerlichrechtlichen und strafrechtlichen Begriffen. Es ist nämlich nicht so, daß der gesetzliche Vertreter in jedem Fall für die unter seiner Obhut stehende Person eine wirksame Einwilligung abgeben könnte; vielmehr trifft das nur für die Fälle zu, in denen der Verletzte nicht selbst die Einwilligung abgeben kann. Wie wir oben gesehen haben, kann ein Minderjähriger von sechzehn Jahren sehr wohl in gewisse Verletzungen, deren Tragweite er übersehen kann, einwilligen. Seine Erklärung ist in diesen Fällen für ausreichend zu erachten; es bedarf nicht noch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Es ist also festgestellt, daß eine gesetzliche Stellvertretung nur insoweit in Betracht kommt, als ein Bedürfnis dafür vorhanden ist, d. h. soweit der Minderjährige nicht selbst wirksam einwilligen kann. Daraus folgt, daß es eine gewillkürte Stellvertretung für beschränkt Geschäftsfähige überhaupt nicht geben kann. Wenn der Betreffende selbst zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung nicht fähig ist, dann ist auch nicht möglich, daß er sich dazu mittels rechtsgeschäftlicher

---

10) Honig (S. 168); Hippel (S. 248); Leipz. Komm. (S. 9); Lobe (S. 45).

Bevollmächtigung einen Vertreter bestellt. Für die gewillkürte Stellvertretung eines Geschäftsfähigen liegt kein Bedürfnis vor. Begriffliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist die genaue Bestimmung ihres Inhalts. Wenn der Einwilligende einen anderen zur Abgabe einer solchen Erklärung ermächtigt, so wird dieser nicht als Stellvertreter sondern als Bote angesehen werden müssen, vgl. Honig (S. 169, Anm. 117). Das Beispiel, welches Rozycki (S. 31) für die gewillkürte Stellvertretung gibt, ist falsch gewählt: wirksam soll die Einwilligung sein, die der Freund des Vaters zu der Operation für dessen Kind erteilt, wenn der Vater vor einer Reise dem Freund die Ermächtigung dazu erteilt hat. Erstens wäre der Freund wohl als Bote anzusehen; außerdem ist das aber gar kein Fall der gewillkürten Stellvertretung. Der von der Operation unmittelbar Betroffene ist das Kind; da es noch zu jung ist, um selbst wirksam einwilligen zu können, steht dieses Recht dem Vater zu. Ermächtigt dieser den Freund, so ist das kein Fall der gewillkürten Stellvertretung, es handelt sich vielmehr um die Übertragung der ihm zustehenden gesetzlichen Stellvertretung.

Mit Frank (S. 143) und der herrschenden Ansicht kommen wir also zu dem Ergebnis, daß es eine gewillkürte Stellvertretung bei der Einwilligung nicht geben kann.

Die Körperverletzung.

Die Körperverletzung war bis zur Schaffung von § 226a StGB eins der umstrittensten Gebiete, bei denen die Einwilligung eine Rolle spielt; natürlich nur insoweit, als man der Einwilligung überhaupt rechtliche Bedeutung beilegte. Vor allem herrschte Unklarheit darüber, bis zu welchem Grade die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund darstellen konnte. Die eine Meinung wollte deshalb, weil § 223 StGB ein Antragsdelikt ist, der Einwilligung Beachtung schenken; die Rechtswidrigkeit der leichten Körperverletzung sollte daher durch die Einwilligung ausgeschlossen werden. Das Ergebnis ist jedoch völlig unbefriedigend, wenn man bedenkt, daß auch schwere Knochenbrüche u. ä. unter § 223 StGB fallen. Hierbei soll Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigen können; anderseits würde die Strafbarkeit bestehen bleiben, wenn jemand einem anderen mit dem Messer ein Hühnerauge entfernt, weil das Messer „gefährliches Werkzeug" i. S. von § 223a StGB ist, also kein Antragsdelikt vorliegt; vgl. dazu Löffler (S. 243).

Eine andere Meinung ging dahin, daß die Einwilligung des Berechtigten in allen Fällen die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ausschließt. Zur Begründung dieses Standpunktes wurde in erster Linie § 216 StGB herangezogen: wenn in diesem Fall der Tötung die Todesstrafe auf Gefängnis nicht unter drei Jahren ermäßigt wird, so kann bei der Körperverletzung die Einwilligung nicht wirkungslos sein. Da eine besondere Strafe jedoch nicht festgesetzt war, so muß

die Körperverletzung eines Einwilligenden in jedem Falle straflos sein; es handelt sich bei dieser Ansicht um ein arg. a maiori ad minus. (Vgl. Roedenbeck, Zwek. S. 49).

Außerdem stützt sich diese Ansicht auf den jetzt wieder in Kraft getretenen § 142 StGB, der mit Gefängnis nicht unter einem Jahr denjenigen bestraft, welcher einen anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht. Diese Strafe ist geringer als die der §§ 224, 225 StGB, obwohl neben der Körperverletzung auch noch ein Angriff auf die Wehrfähigkeit des Staates vorliegt; daraus wird gefolgert, daß durch die Einwilligung in eine Körperverletzung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

Diese Ansicht läßt sich jedoch nicht durchführen. Bei jeder Theorie muß man ihre praktischen Ergebnisse ins Auge fassen, ehe sie als brauchbar anerkannt werden kann. Es widerspricht unserem gesunden Rechtsempfinden auf das Entschiedenste, wenn wir in den Fällen der §§ 224, 225 StGB die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ansehen. Das Argument aus § 216 StGB sagt nichts für die Richtigkeit der oben dargestellten Ansicht. Man kann ebensogut die entgegengesetzte Folgerung ziehen: da bei der Körperverletzung keine ähnliche Vorschrift besteht, um der Einwilligung ihren strafmildernden oder -aufhebenden Einfluß zu sichern, so folgt daraus, daß sie unbeachtlich sein soll.

Auch die Heranziehung von § 142 StGB versagt, wie R. Schmidt (S. 58) treffend nachweist. In den §§ 142 und 224 wird der Begriff „Verstümmelung" in verschiedenem Sinn gebraucht. Die Verstümmelung des § 224 StGB ist von ganz besonders schwerer Art; es handelt sich vor allem um die Abtrennung ganzer Körperglieder oder um die Vernichtung eines Sinnesvermögens. § 142 StGB hat aber Verletzungen dieser schweren Art wahrscheinlich garnicht im Auge. Die Praxis hat gelehrt, daß Verletzungen, die zwecks Untauglichmachung zum Wehrdienst beigebracht werden, durchweg leichter Art sind; vielfach handelt es sich nur um die Abtrennung eines Fingers oder auch nur eines einzelnen Gliedes. Daß sich jemand einen ganzen Arm abnehmen oder ein Auge ausstechen läßt, um dem Militärdienst zu entgehen, dürfte wohl kaum vorkommen. Die Verletzungen des § 142 werden also durchweg nur unter § 223a StGB fallen, da sie wegen des Messers oder anderen Werkzeuges, mit dem sie ausgeführt werden, die Merkmale der gefährlichen Körperverletzung tragen. Die Strafe dafür ist aber nur Gefängnis nicht unter zwei Monaten; diesem Strafmaß gegenüber stellt sich die Strafandrohung von § 142 StGB ohne weiteres als eine erhebliche Verschärfung dar. Vgl. auch dazu Olshausen (§ 223, Anm. 9), der den § 142 StGB zur Bekräftigung der Ansicht heranzieht, daß die Einwilligung in allen Fällen die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung ausschließen soll.

Aus den angeführten Gründen heraus muß man die Ansicht ablehnen, welche jede Körperverletzung, die mit Einwilligung vorgenommen wird, für straflos erklären wollte. Andererseits wurde von den Gegnern dieser Ansicht aber zugegeben, daß man der Einwilligung

nicht jeden Einfluß absprechen durfte. Man suchte nun nach Begriffen, die das Maß der erheblichen Einwilligung begrenzen sollten. Daß dabei Meinungsverschiedenheiten entstanden, war klar. Diesen Zweifeln ist jedoch durch die Einfügung von § 226a StGB ein Ende gemacht worden: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt".

Wenn man die Stellung der Einwilligung im österreichischen Recht zur Frage der Körperverletzung untersuchen will, so stößt man wieder auf den schon oben dargestellten Streit der Meinungen, ob nämlich § 4 auch für Übertretungen und Vergehen oder nur für Verbrechen gilt. Bei schweren Körperverletzungen spielt der Unterschied der Auffassung keine Rolle, da sie sich als Verbrechen darstellen; bei ihnen ist die Einwilligung nach beiden Ansichten ohne Bedeutung. Fraglich ist nur die Behandlung der leichten Körperverletzung. Geht man mit Finger (S. 249), so bleibt diese Art von Verletzungen bei erteilter Einwilligung straflos; der Staat hat kein unmittelbares Interesse daran, den Einzelnen vor derartigen Verletzungen zu schützen.

Die herrschende Ansicht will den § 4 auch für Vergehen und Übertretungen gelten lassen. Danach würde also bei allen, auch den unbedeutendsten Körperverletzungen die Einwilligung des Berechtigten unerheblich sein, der Täter müßte in jedem Fall bestraft werden. Da man aber praktisch nicht alle diese Fälle strafen kann, wird ein Ausweg gefunden. Wo sollte es auch hinführen, wenn man den Mann wegen Körperverletzung bestrafen wollte, der Seeleuten mit ihrer Einwilligung den Namen ihrer Liebsten auf den Arm tätowiert? Daß objektiv eine Körperverletzung vorliegt, steht außer Zweifel. Die h. A. steht nun auf dem Standpunkt, daß § 4 nicht Einwilligung zu einer strafbaren Handlung für unzulässig erklärt, sondern nur sagt, daß der Täter auch bestraft wird, wenn die verletzte Person zu dem Schaden selbst einwilligt. Ehe man aber in einen Schaden einwilligen kann, muß dieser erst einmal entstanden sein. Bei der leichten Körperverletzung und ähnlich gelagerten Fällen sagt die h. A. jedoch, es sei überhaupt kein Schaden entstanden, wenn die Verletzung mit Willen des Berechtigten geschähe; folglich könne das Problem der Einwilligung auch nicht auftauchen.

Vergleicht man diese Ansicht mit dem Standpunkt Fingers, so muß man sagen, daß sie vielleicht eine bessere Beurteilung der einzelnen Fälle zuläßt; anderseits ist aber auch der Wert einer klaren Trennung zwischen den Straftaten, bei denen die Einwilligung erheblich ist, und den anderen Fällen nicht zu verkennen. Die h. A. muß mit der Schwierigkeit kämpfen, wann denn für den Verletzten ein Schaden im Einzelfall vorliegt und von wessen Standpunkt dies beurteilt werden soll.

Wie wir gesehen haben, wird die englische Rechtsprechung von dem Grundsatz „volenti non fit iniuria" beherrscht. Daher nimmt

auch die Einwilligung in eine Körperverletzung der Handlung die Rechtswidrigkeit, ausgenommen davon sind nur die schweren Fälle.

Zunächst kennt das englische Recht den „assault"; d. i. jeder Versuch, gegen die Person eines anderen irgendwelche Gewalt anzuwenden; auch die Freiheitsberaubung, der fehlgegangene Schlag, die Bedrohung mit einer nicht geladenen Pistole gehören dahin. Eine drohende Geste, der die Ausführung augenscheinlich noch nicht unmittelbar folgen soll, fällt unter die Verbalinjurie; vgl. Löffler (S. 226). Tritt bei einem assault eine tatsächliche Gewaltanwendung ein, dann entsteht die „Battery". Die nächstschwerere Form der Körperverletzung bildet dann eine der deutschen Verstümmelung ähnliche Beschädigung, „maim". Stephen (S. 208) sagt: „Maim ist eine Körperverletzung, durch die jemand des Gebrauchs eines Gliedes oder Sinnes beraubt wird, dessen er sich zum Kämpfen bedienen kann oder durch dessen Verlust er allgemein und dauernd geschwächt wird; eine Körperverletzung gilt jedoch nicht schon deshalb als maim, weil sie eine Entstellung verursacht".

Jeder kann in eine Körperverletzung einwilligen, die kein maim darstellt. Als maim gilt nach Stephen (a.a.O.), wenn man einem anderen einen Vorderzahn ausschlägt, nicht dagegen das Abschneiden der Nase. Die Einwilligung in eine leichte Körperverletzung ist aber unbeachtlich, wenn durch die Tat der öffentliche Frieden gestört wird. Mit Recht weist Löffler (S. 248) darauf hin, daß die englische Rechtsprechung nicht zu beachten scheint, daß in diesen Fällen ganz andere Rechtsgüter als die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen geschützt werden.

Im französischen Recht herrscht die Auffassung vor, daß die Einwilligung nur dort Beachtung finden soll, wo es sich aus der Natur des Tatbestandes ergibt. Da anderseits im Code pénal die Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung nicht erwähnt ist, so folgt daraus, daß jede Verletzung trotz erteilter Einwilligung strafbar ist. Dieser Standpunkt wird mit dem öffentlich-rechtlichem Charakter der Strafgesetze begründet; außerdem werden auch noch die guten Sitten hinzugezogen; vgl. Garraud (Précis, S. 222). Wenn schon die Körperverletzung trotz Einwilligung strafbar bleibt, dann ist natürlich die Tötung auf Verlangen ebenfalls rechtswidrig. Der Täter wird wie ein Mörder bestraft, da sämtliche inneren und äußeren Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (Vidal - Magnol, S. 357). Daß der Selbstmord straflos ist, gibt keine Veranlassung, die Tötung auf Verlangen ebenfalls für straflos zu erklären. Eine Strafe ist beim Selbstmord aus sozialen und rechtspolitischen Gründen nicht festgesetzt. Diese Straflosigkeit darf anderen jedoch nicht das Recht zum Töten geben.

Da man bei Inkrafttreten des Schweizer Entwurfs, wie wir gesehen haben, einer allgemeinen Regelung der Einwilligung entbehrt, so gestaltet sich die Frage nach ihrer Bedeutung bei der Körperverletzung schwierig. Nach dem Wort: „dominus membrorum suorum" kommt Hafter (Lehrb. S. 164) zu dem Ergebnis, daß die Einwilligung in

eine Körperverletzung immer deren Rechtswidrigkeit ausschließe. Er beruft sich dabei auf die Entscheidung des Bundesgerichts (Bd. 20, F. 1017 ff. amtl. Sammlg.), in der ausgeführt wird, daß Körperverletzungen, die sich bei Ringkämpfen usw. ergeben, nicht rechtswidrig sind, wenn der Verletzte ungezwungen in den Kampf eingewilligt und damit eventuell auch eine Verletzung auf sich genommen hat. Eine Ausnahme soll nur dort gemacht werden, wo das Gesetz die Einwilligung mittelbar für unwirksam erklärt; so bei der Verstümmlung eines Einwilligenden, um ihn der Dienstpflicht zu entziehen. Dabei verkennt Hafter offenbar, daß bei der in Frage stehenden Entscheidung des Bundesgerichts wohl auch sportliche Gesichtspunkte mitsprechen. Feldmann (S. 96) will der Einwilligung bei der Körperverletzung nur dann unrechtausschließende Wirkung beilegen, wenn die Verfolgung vom Antrag des Verletzten abhängig gemacht wird.

Schon ehe die Vorschrift des § 226a StGB im deutschen Recht eingefügt worden ist, wurde von verschiedenen Seiten der Versuch gemacht, den Begriff der guten Sitten zur Begrenzung der Einwilligung bei der Körperverletzung zu verwenden. Es wurde dagegen angeführt, daß damit nicht viel gewonnen wäre, weil man kein feststehendes Maß habe, was unter „guten Sitten" zu verstehen sei. Es mutet vielleicht eigenartig an, daß man im Parteienstaat von Weimar und auch jetzt im Dritten Reich die guten Sitten zu Hilfe nehmen will. Allein, es darf nicht vergessen werden, daß die Grundlagen dieses Begriffes außerordentlich verwandlungsfähig sind. Was darunter verstanden werden kann, ist ganz verschieden geartet. So werden wir jetzt sagen, daß alles, was nur irgendwie die Interessen des Staates oder der Gesamtheit berührt und ihnen zuwiderläuft, unbedingt gegen die guten Sitten verstößt. Das wird bei einer ganzen Anzahl von Tatbeständen der Fall sein, die man früher ohne Bedenken für zulässig erklärte. Die Staatsauffassung hat sich von Grund auf gewandelt; Zweck des Staates ist nicht mehr, dem Individuum möglichst weitgehende Rechte zu gewähren und in deren Ausübung zu schützen. Im Dritten Reich hat der Einzelne der Gesamtheit zu dienen. Von diesem Gesichtspunkt ist es durchaus zu begrüßen, daß bei der Körperverletzung davon abgesehen wurde, die Fälle aufzuzählen, in denen eine Eiwilligung wirksam sein kann. Man hätte ja beispielsweise sagen können: die Einwilligung in die Verletzung eines lebenswichtigen Körpergliedes ist unbeachtlich. So, wie der Tatbestand in § 226a StGB gefaßt ist, läßt er jederzeit eine Anpassung an die Erfordernisse des Staatslebens zu.

In den Fällen, wo es nicht um Verhältnisse geht, die durch die staatlichen Veränderungen betroffen worden sind, ist der Begriff der guten Sitten durch die Wissenschaft und vor allem auch durch die reichhaltige Rechtsprechung derart festgelegt, daß Zweifel kaum entstehen können. Unter der Voraussetzung von § 226a StGB ist die Einwilligung in jede Körperverletzung für beachtlich erklärt; ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine leichte, gefährliche oder schwere Körperverletzung handelt.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß es nicht darauf ankommt, ob die Einwilligung den guten Sitten entspricht; vielmehr darf die Tat als solche nicht dagegen verstoßen; vgl. für diesen Unterschied Kohlrausch (§ 226a Anm. 1). Willigt jemand in seine Verletzung ein, um daurch die Verletzung seiner Frau zu verhindern, so kann die Einwilligung billigenswert sein, die Tat bleibt aber trotzdem strafbar. Anderseits tritt Straflosigkeit ein, wenn jemand in eine Blutentnahme nur deshalb einwilligt, weil er Geld dafür erhält, der Täter aber durch die Bluttransfusion einem anderen das Leben retten will; die Einwilligung mag gegen die guten Sitten verstoßen, trotzdem ist der Täter nicht strafbar.

Der Zweikampf.

Die Regelung des Zweikampfes geschieht durch das StGB in einem besonderen Abschnitt. „Zweikampf i. S. des 15. Abschnitts ist ein verabredeter Kampf zweier Personen mit tötlichen Waffen nach vereinbarten oder hergebrachten Regeln" RG 52, 64. Es wird ein besonderer strafbarer Tatbestand geschaffen. Aus § 207 StGB folgt, daß die bei einem Zweikampf zugefügten Verletzungen als solche keine strafrechtliche Bedeutung haben, sie werden vielmehr von dem Zweikampf konsumiert.

Es fragt sich nun aber, wie die Verletzungen aus einem nicht mit tötlichen Waffen ausgeführten Zweikampf bestraft werden sollen. Viel erörtert wurde die Frage bei der studentischen Schlägermensur, die im Gegensatz zum RG von dem größten Teil der Wissenschaft als Kampf mit nicht tötlichen Waffen angesehen wurde. Der Leipz. Komm. (S. 659, Anm. 8) will in diesen Fällen das Strafmaß aus den allgemeinen Bestimmungen über Körperverletzung entnehmen. Diesen Standpunkt vertreten auch noch Hälschner (Ger. S. Bd. 35, S. 178) und v. Buri (Ger. S. Bd. 34, S. 357); dieser räumt allerdings ein, daß im Falle einer leichten Körperverletzung diese straflos sein soll, da die Rechtswidrigkeit durch die gegenseitige Einwilligung der Duellanten ausgeschlossen sei.

Dieser Weg wird von dem größten Teil der Wissenschaft gegangen. Roedenbeck (Zweik. S. 49) sagt, das Wesen des Zweikampfes sei die Vereinbarung, auf der er beruht. In dieser Vereinbarung sieht er die Einwilligung in die bei dem Kampfe etwa vorkommenden Verletzungen. Er gelangt daher zu dem Ergebnis der Straflosigkeit der Verletzungen, wenn der Kampf als solcher mangels Anwendung tötlicher Waffen nicht nach den besonderen Bestimmungen des 15. Abschn. strafbar ist. Zu dem entgegengesetzten Ergebnis wie der Leipz. Komm. gelangt Allfeld (S. 359); er ist der Ansicht, die Verletzungen seien natürlicher Bestandteil des Kampfes und da die Materie des Zweikampfs im 15. Abschnitt des StGB unter Beschränkung der Strafbarkeit auf den mit tötlichen Waffen begangenen erschöpfend geregelt ist, können solche Verletzungen nicht als Körper-

verletzungen nach § 223 ff. behandelt werden; ähnlich auch Frank (S. 453) hinsichtlich der Körperverletzungen; bei Tötung wird allerdings nichts anderes übrig bleiben, als die Vorschriften über Tötung oder Körperverletzung mit tötlichen Ausgang anzuwenden.

Nicht unter den Begriff des Zweikampfes im Sinne des StGB fällt das sog. amerikanische Duell. Damit werden die Fälle bezeichnet, in denen durch das Los bestimmt wird, wer von den Kämpfern freiwillig, d. h. durch Selbstmord, aus dem Leben scheiden soll. Hierbei vertrauen die Teilnehmer nicht wie bei dem normalen Zweikampf auf ihre Geschicklichkeit und den Mut, sondern überlassen die Entscheidung dem blinden Zufall. Die Bestimmungen über den Zweikampf können daher keine Anwendung finden.

Eine dem deutschen Recht entsprechende Regelung hat das österreichische Recht getroffen. Der Zweikampf ist zum Sondertatbestand erhoben und ist verwirklicht, wenn er unter Anwendung tötlicher Waffen ausgetragen wird.

Nach englischem Recht begeht derjenige eine strafbare Handlung, welcher einem anderen eine Forderung zum Zweikampf schickt oder ihn dazu anreizt. Dies gilt auch für den Fall, daß aus der überbrachten Forderung überhaupt kein Zweikampf entsteht; schon diese Tat allein stellt sich als ein Friedensbruch dar. Eine besondere Regelung des eigentlichen Kampfes besteht nicht. Aus den Vorschriften wonach die Einwilligung in ein „maim" unbeachtlich ist, ergibt sich, daß der Täter auch in dem Fall bestraft wird, wenn die Verletzung im Verlauf eines Duells zugefügt wurde. Das Gleiche gilt dann, wenn ein Teilnehmer getötet wird, Stephen (S. 209). vgl. auch Russell (S. 846).

Seit 1789 sagen die französischen Strafgesetze nichts über den Zweikampf; er ist kein Spezialdelikt, und infolgedessen sind die Anreizung, die Annahme und alle anderen Tatbestände, die erst durch eine besondere Regelung des Zweikampfs geschaffen werden, straflos.

Es fragt sich jedoch, wie die bei dem Zweikampf vorkommenden Tötungen und Verletzungen strafrechtlich zu behandeln sind. Aus der Nichterwähnung des Zweikampfes wollte man auf die Straflosigkeit seiner Folgen Schlüsse ziehen. Der Oberste Gerichtshof hat sich jedoch dieser Auffassung nur für etwa ein Jahrzehnt angeschlossen und von 1837 [11]) wurden auf die Folgen eines Zweikampfes stets die allgemeinen Vorschriften angewandt, da man die gegenseitige Einwilligung der Kämpfenden in Tötung oder Verletzung für bedeutungslos erachtete. Die Folgen dieser Rechtsanwendung waren, daß, wenn der Zweikampf den Tod eines der Duellanten herbeigeführt hatte, der

11) Es wurde ein Antrag eingebracht, auf die Folgen eines Duells das allgemeine Recht anzuwenden. Dieser Antrag wurde abgelehnt; man wollte die aus einem Zweikampf entstehenden Tötungen oder Körperverletzungen straflos lassen, wenn der Kampf ordnungsgemäß stattgefunden hatte. Durch Beschluß der vereinigten Kammern vom 15. Dez. 1837 wurden jedoch die allgemeinen Vorschriften für anwendbar erklärt; seitdem ist keine Änderung eingetreten.

Überlebende als Mörder bestraft wurde; wird niemand getötet so bleibt immer noch der Tatbestand des Mordversuchs übrig. Sollte von vornherein in dem Kampf niemand getötet werden, so bleibt Strafbarkeit wegen Körperverletzung bestehen. Diese Ansicht teilt auch Roux (S. 200).

Eigenartig ist die Stellungnahme der Militärbehörden zu dem Zweikampf. Als im Jahre 1876 eine Eingabe gemacht wurde, welche die Unterdrückung der Duelle forderte, wies man sie mit der Begründung zurück, „daß im Heer der Zweikampf ein Mittel sei, um Streitigkeiten zu schlichten, daß er nötig sei, um die Ehrauffassung, den Mut und die Achtung vor dem anderen zu wahren; daß er ein Brauch ist, den man nach Möglichkeit unterdrücken wird, aber daß es unmöglich ist, das Übel gänzlich zu verbieten".

Vidal-Magnol (S. 360) sagt, aus dieser Auffassung gehe klar hervor, daß man den Zweikampf nicht mit dem Mord auf eine Stufe stellen könne. Er führt weiter aus, daß das Stillschweigen des Gesetzes hinsichtlich des Zweikampfes bedauerlich sei; weder die vor 1837 herrschende Auffassung noch die augenblickliche könnten befriedigen. Die Anwendung der Vorschriften über Mord ist eine Ausdehnung, die dem natürlichen Empfinden zuwiderläuft, falls das Duell vereinbarungsgemäß durchgeführt worden ist. In einem solchen Fall spricht daher das Schwurgericht auch regelmäßig frei.

Eine besondere Regelung des Zweikampfes ist — wie es im deutschen Recht geschehen ist — unbedingt notwendig. Namentlich in der französischen Literatur wird der Ruf nach Schaffung eines besonderen Tatbestandes laut; dabei wird auf das deutsche Recht Bezug genommen. Wie wir gesehen haben, werden im französischen Recht die gewöhnlichen Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung angewandt, ohne daß dabei die Einwilligung der Kämpfenden berücksichtigt werden kann. Allerdings führt Vidal-Magnol (S. 360) einen Einwand zugunsten des bestehenden Zustandes an; er sagt, man dürfe nicht übersehen, daß diese Einwilligung nicht immer freiwillig erteilt würde, sondern unter dem Einfluß der Mißachtung des Gegners oder durch den Druck gesellschaftlicher Anschauungen zustande komme. Dabei wird jedoch übersehen, daß möglicherweise bei einem Zweikampf, der mit dem Tode der einen Partei endet, gerade der Überlebende zum Kampfe gereizt worden war und nicht aus eigenem Antrieb gehandelt hat; in solchen Fällen ist die Beurteilung der Tat nach allgemeinen Vorschriften offenbar unbillig.

Die Nichtregelung des Zweikampfes hat in Frankreich noch eine andere recht eigenartige Folge. Die Parteien werden immer bemüht sein, den Gegner zu töten oder doch mindestens schwer zu verwunden; denn in diesen Fällen kommt die Tat vor das Schwurgericht und der Täter ist eines Freispruchs gewiß. Im Falle einer nur leichten Verletzung spricht dagegen eine mit Berufsrichtern besetzte Kammer Recht, und von dieser wird der Täter bestimmt verurteilt; vgl. Vidal-Magnol (S. 360, Anm. 1).

Die in einem nicht mit tötlichen Waffen ausgetragenen Zweikampf entstandenen Verletzungen werden im deutschen Recht gemäß § 226a StGB beurteilt. Dabei muß allerdings berücksichtigt werden, inwieweit die Einwilligung zu dem Kampf von der verletzten Partei tatsächlich freiwillig gegeben worden ist, oder ob sie nur unter dem Druck gesellschaftlicher oder ständischer Anschauungen erteilt wurde.

Ein Gesichtspunkt aus dem heraus man die Anwendung der allgemeinen Vorschriften auf den Zweikampf rechtfertigen könnte, liegt darin, daß er als Staatsverbrechen angesehen wird. Der Angriff auf den Staat besteht darin, daß die Kämpfenden ihren Streit nicht vor die ordentlichen Gerichte bringen, sondern sich auf eigene Faust Recht verschaffen wollen. So wird z. B. im gemeinen Recht der Zweikampf als Delikt bestraft, obgleich es an einer Sonderbestimmung fehlt. Feuerbach (§ 19a ff.) behandelt ihn im Zusammenhang mit den Verbrechen gegen die richterliche Gewalt. Er ist also ein Angriff auf ein Hoheitsrecht des Staates. Aber auch in gemeinen Recht gab es schon Ausnahmen; so war in Preußen der Zweikampf bei Offizieren unter gewissen Voraussetzungen straflos, vgl. Feuerbach (§ 193). Als ein Angriff auf die Rechtspflege wird der Zweikampf im französischen Recht des Mittelalters angesehen; einen ähnlichen Standpunkt vertritt das geltende italienische Strafrecht (A. 237—245).

Falls im kommenden Strafrecht die jetzige Regelung des Zweikampfes beibehalten wird, so wäre es wünschenswert, wenn das Gesetz sich klar darüber aussprechen würde, was mit „tötlichen Waffen" gemeint ist. Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß als tötlich alle Waffen anzusehen sind, welche abstrakt zur Tötung geeignet sind; es ist dabei ohne Bedeutung, ob bei dem Kampf derartige Vorkehrungs- und Schutzmaßnahmen getroffen sind, daß ein tötlicher Ausgang des Kampfes ausgeschlossen erscheint. Von dem Boden dieser Ansicht ausgehend mußte das RG die studentischen Schlägermensuren als strafbaren Zweikampf ansehen. Demgegenüber vertrat die Wissenschaft nahezu einhellig den Standpunkt, daß als tödlich nur solche Waffe angesehen werden könne, welche im konkreten Einzelfall zur Tötung verwandt werden soll. Hinsichtlich der studentischen Schlägermensuren ist durch die Einfügung von § 210a Klarheit geschaffen worden. Da bei ihnen Schutzvorkehrungen zur Abwendung von Lebensgefahr getroffen werden, bleiben sie straflos. Der § 210a büßt allerdings den größten Teil seiner Bedeutung durch die neuste Entwicklung der studentischen Verbindungen ein.

Der ärztliche Eingriff.

Nicht geregelt ist im deutschen Recht die Frage nach der Strafbarkeit des ärztlichen Eingriffs. Wir müssen zwischen zwei großen Meinungen unterscheiden. Nach Ansicht des Reichsgerichts (25, 375; 38, 34) ist jeder ärztliche Eingriff ohne Rücksicht auf seinen Erfolg tatbestandsmäßig eine Körperverletzung. Die Rechtswidrigkeit wird

jedoch reglmäßig durch Einwilligung, die auch präsumiert sein kann, ausgeschlossen. Dieser Standpunkt wird auch von Hippel (S. 258, Anm. 1) geteilt. Er sagt, der Zweck zu heilen ändere nichts daran, daß Mittel zum Zweck eine Verletzung ist; und zwar ein vom Täter als notwendig erkanntes, daher vorsätzlich angewandtes Mittel.

Dieser Ansicht gegenüber steht die Wissenschaft mit in Einzelheiten verschiedener Auffassung. Allgemein gilt ihr Hauptkampf der Meinung, daß auch bei ärztlich indiziertem Eingriff, der nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft durchgeführt wird, eine tatbestandsmäßige Körperverletzung vorliegen soll; namentlich auch dann, wenn der Eingriff zur Heilung führt. In solchen Fällen soll weder eine Mißhandlung noch eine Schädigung der Gesundheit vorliegen [12]). In den Fällen einer heilenden oder den Lauf der Krankheit auch nur hemmenden Operation wäre also eine Rechtfertigung nicht notwendig, da kein strafbarer Tatbestand gegeben ist.

Mit Recht wird jedoch demgegenüber von Beling (Z.Str.W. Bd. 44, S. 220 ff.) darauf hingewiesen, daß ein weder heilender noch hemmender Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt; das Gleiche soll für die ärztlich nicht indizierte Operation gelten, die deshalb nicht angebracht war, weil der gleiche Erfolg auch auf anderem, für den Kranken weniger gefährlichem Wege zu erreichen gewesen wäre.

Erst wenn der Tatbestand einer strafbaren Handlung an sich verwirklicht ist, taucht die Frage nach der Rechtswidrigkeit auf. Manche wollen zur Rechtfertigung der ärztlichen Eingriffe ein Berufsrecht annehmen. Binding (S. 56, Anm. 1), der diese Ansicht früher vertreten hat, ist jetzt davon abgekommen. Bei dieser Meinung wird jedoch übersehen, daß in Deutschland der Grundsatz der Kurierfreiheit herrscht, daß also der Laie dem berufsmäßig medizinisch vorgebildetem Arzt gleichzustellen ist. Eine Ausnahme könnte man höchstens für die Geschlechtskrankheiten machen, deren Behandlung den approbierten Ärzten vorbehalten worden ist. In diesen Fällen wäre es sogar möglich, bis zu einem gewissen Grade von einem Berufsrecht zu sprechen; das Gesetz gestattet nämlich beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Zwangsheilung von geschlechtskranken Personen. Es braucht also keine Rücksicht darauf genommen zu werden, ob der Kranke in die Behandlung einwilligt. Allgemein kann jedoch, wie schon oben erwähnt, nicht von einem ärztlichen Berufsrecht gesprochen werden, um die nicht geglückten Eingriffe zu rechtfertigen.

Für den Fall des Mißlingens eines Eingriffs erblickt L.-Schmidt (S. 201) die Rechtfertigung in der staatlichen Anerkennung des Heilzweckes; die Schranke soll in der Angemessenheit des Mittels liegen, das sich aus den Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft ergibt. Er leugnet, daß die Einwilligung des Verletzten die Rechtmäßig-

12) Vgl. Frank S. 478; Calker S. 37; Heimberger, S. 50; Lobe, S. 42; L. Schmidt, S. 201.

keit des Eingriffs begründen könne. Die Ansicht Bindings (S. 55) ist nur unvollständig. Er geht von allgemeinen Erwägungen aus und sagt, daß die maßvolle Opferung eines niederen zur Erhaltung des höheren Gutes nicht verboten werden kann. Das zur Erreichung eines rechtlich anerkannten Zweckes Notwendige ist als solches stets unverboten — wenn nicht gar erlaubt. Die ärztliche Tätigkeit betrachtet er als Ganzes und will die Heilbehandlung den objektiv strafbaren Teil einfach konsumieren lassen. Bei dieser Ansicht finden wir Gedankengänge des übergesetzlichen Notstandes — Opferung des geringeren Gutes für ein höheres —; allein es wird nicht gesagt, wie die mißlungene Heilbehandlung beurteilt werden soll; und das ist beim ärztlichen Eingriff gerade die Hauptfrage.

Diesen Ansichten gegenüber hilft sich der größte Teil der Wissenschaft mit der Einwilligung des Kranken als Rechtfertigungsgrund. Ausgenommen davon sind die Verletzungen, welche durch einen medizinisch falschen Eingriff hervorgerufen worden sind, vgl. Hippel (S. 257). Es ist dabei ohne Bedeutng, ob die Behandlung von einem Arzt oder einem Laien vorgenommen worden ist. Nur dann könnte der fehlerhafte Eingriff durch Einwilligung gerechtfertigt sein, wenn dies in Kenntnis der Schädlichkeit der Handlung erteilt worden wäre; das wird praktisch nicht vorkommen. Wird jedoch der Eingriff gemäß den Regeln der medizinischen Wissenschaft vorgenommen und mißlingt er trotzdem, dann steht dem Täter die Einwilligung — u. U. auch die nur präsumierte — des Kranken als Rechtfertigungsgrund zur Seite.

Interessant ist die Behandlung des ärztlichen Eingriffs im österreichischen Strafrecht. Da die von einem Arzt vorgenommenen operativen Eingriffe regelmäßig den äußerenTatbestand der schweren Körperverletzung erfüllen werden, so kann man sie mit der Einwilligung des Verletzten nicht rechtfertigen; es steht die Vorschrift von § 4 entgegen. Anderseits wäre es natürlich ein Unding, tatsächlich wegen schwerer Körperverletzung bestrafen zu wollen.

Rittler (S. 103) will die Straflosigkeit des Arztes aus dem allgemein gültigen Rechtssatz ableiten, daß man ein geringeres Rechtsgut auf Kosten eines höherwertigen vernichten darf. Bei einem gelungenen ärztlichen Eingriff erkennt er den Tatbestand einer Körperverletzung überhaupt nicht für vorliegend an. Mögen auch Schmerzen mit der Operation verbunden sein, mag auch der Mann mit dem abgenommenen Arm Mitbewerbern gegenüber im Nachteil sein, so soll im Ganzen betrachtet der Körper doch nicht geschädigt sondern gefördert sein. Setzt dagegen eine Operation bei einer Beurteilung im Ganzen die körperliche Beschaffenheit herab, dann liegt nach Ansicht Rittlers der Tatbestand der Körperbeschädigung vor, auch wenn der Eingriff aus eugenischen oder rassenhygienischen Gründen erwünscht gewesen sein mag.

Bei Rittlers Ansicht wirken stark liberalistische Gedankengänge mit, wenn er (S. 104) sagt: „Bei dem Schweigen der Gesetze, dem Mangel eines sicheren Gewohnheitsrechts und der Schwierigkeit, das

eugenische Interesse unbedingt als das höhere gegenüber dem Körperinteresse anzuerkennen, müssen wohl vorläufig solche Eingriffe als rechtswidrig beurteilt werden". Für das neue deutsche Recht ist es selbstverständlich, daß der einzelne sein Körperinteresse dem des Volkswohles und der Gemeinschaft unterzuordnen hat; dieser Gedanke ist besonders in dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses zum Ausdruck gekommen.

Anders liegt der Fall bei mißglücktem Ausgang der Operation. Der approbierte Arzt — nur dieser ist in Österreich zur Vornahme von Heilbehandlungen befugt — handelt nicht rechtswidrig, wenn er sachgemäß, dem jeweiligen Stande der medizinischen Wissenschaft entsprechend vorgegangen ist und sich der Zustimmung des Kranken versichert hat. Die Einwilligung kann sich allerdings nur auf den Eingriff in die Freiheit beziehen und nicht auf den körperlichen Eingriff, da § 4 StG entgegensteht. Daher hat sich der Arzt, welcher eine Behandlung gegen den Willen des Patienten vornimmt auch bei günstigem Ausgang wegen des Eingriffs in die Freiheit zu verantworten.

Ähnlich wird die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs auch von Lammasch (S. 33) begründet; er stützt sich darauf, daß operative Eingriffe in den Körper eines Kranken nicht rechtswidrig sind, da sie der Erhaltung von Rechtsgütern dienen.

Für den ärztlichen Eingriff sind dem englischen Recht besondere Vorschriften unbekannt. Stephen (S. 207) will ihre Straflosigkeit aus dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung in Verbindung mit einem ärztlichen Berufsrecht ableiten. Selbstverständlich ist es, daß die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff nicht nur für eine Verletzung erteilt werden kann, die noch kein „maim" darstellt; diese für sonstige Verletzungen geltende Grenze fällt in diesen Fällen fort.

Erwähnenswert an der Ansicht Stephens ist noch, daß keine strafbare Handlung vorliegen soll, wenn jemand keine Einwilligung in eine Operation geben kann und der Eingriff aus diesem Grunde ohne oder gar gegen seinen Willen vorgenommen wird. Auch Russell will in letzterem Fall Straflosigkeit eintreten lassen, (847).

Im französischen Recht versucht man den ärztlichen Eingriff weniger mit der Einwilligung des Verletzten zu rechtfertigen, als vielmehr durch die staatliche Anerkennung und Förderung der medizinischen Wissenschaft, vgl. Roux (S. 209). Vidal-Magnol (S. 254) wollen ärztliche Eingriffe immer dann als rechtmäßig ansehen — selbst im Falle ihres Mißlingens —, wenn sie der ärztlichen Wissenschaft entsprechend ausgeführt worden sind; das soll aus der staatlichen Billigung des ärztlichen Berufs folgen. Direkt abgelehnt wird die Meinung, der Eingriff könne durch die Einwilligung des Verletzten oder gar durch das Fehlen einer feindlichen Absicht gerechtfertigt werden; denn die aus der Behandlung herrührende Verletzung ist vorsätzlich zugefügt worden. Das würde genügen, um den Tatbestand der art. 309 ff. Code pén. zu erfüllen.

Den Grund der Straflosigkeit der ärztlichen Heilbehandlung erblickt Hafter (Lehrb. S. 158) für das schweizerische Recht in

einem ärztlichen Berufsrecht. Er sagt, daß alle anderen Begründungen nicht der Spitzfindigkeit entbehren. So auch, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff keine Körperverletzung darstelle. Auch die Rechtfertigung durch Einwilligung des Patienten hält er für verfehlt. Die Grundlage für das ärztliche Berufsrecht bietet die staatliche Anerkennung und Förderung der ärztlichen Tätigkeit. Die Hauptschwierigkeit bietet die Umgrenzung des Berufsrechts. Wo liegen bei den Eingriffen die Grenzen zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit? Klar liegen die Fälle, die durch die Bestimmungen über die Notstandshilfe gedeckt sind. Bei der Frage, ob ein Arzt auch ohne die Voraussetzungen des Notstandes eine Abtreibung oder Sterilisation vornehmen, oder gar ein „lebensunwertes" Leben vernichten darf, muß man untersuchen, ob die Handlung noch im Bereich der ärztlich anerkannten Regeln liegt. Ist das der Fall, dann ist die Rechtfertigung in der staatlichen Anerkennung und Förderung zu erblicken. Über die Grenzen eines Notstandes hinaus soll der Eingriff nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen statthaft sein. (So z. B. unter gewissen Voraussetzungen die Unfruchtbarmachung in Deutschland). Hafter ist der Ansicht, daß man aus der Berufsausübung als solcher kein über die vom Gesetz ausdrücklich gestatteten Tatbestände hinausgehendes Berufsrecht ableiten kann.

Für das deutsche Recht waren wir zu der Erkenntnis gekommen, daß nur der mißglückte ärztliche Eingriff als Körperverletzung nach der herrschenden Ansicht anzusehen ist, nicht dagegen auch eine gelungene Heilbehandlung. Auf das Bedenkliche dieser Unterscheidung macht mit Recht L o b e (S. 42) aufmerksam. Er sagt, ob eine Heilbehandlung Erfolg habe oder nicht, könne niemals an ihrer Natur etwas ändern; Rechtmäßigkeit und Widerrechtlichkeit hingen von anderen Faktoren ab, als vom Erfolg! Dieser Einwand gegen die herrschende Lehre ist durchaus beachtlich. Da man die mißglückte Behandlung unbedingt objektiv als Körperverletzung anzusehen hat, liegt es nahe, sich der Meinung des Reichsgerichts anzuschließen und jeden ärztlichen Eingriff zunächst als Körperverletzung zu betrachten. Auch hier greift dann der § 226a StGB Platz; der Eingriff wird durch Einwilligung gerechtfertigt. Jede Einwilligung zu einer Heilbehandlung entspricht den guten Sitten, mögen tatbestandsmäßig auch die schwersten Körperverletzungen für den Heilzweck erforderlich sein. Wird dagegen in eine Behandlung eingewilligt, die nicht zu Heilzwecken erfolgt, dann wird man die Zustimmung für unbeachtlich erklären, da sie gegen die guten Sitten verstößt; so z. B. wenn jemand sich nicht aus eugenischen Zwecken sterilisieren lassen will, sondern nur um sich zügellos seinem Geschlechtstrieb hingeben zu können. Keiner Rechtfertigung durch § 226a StGB bedürfen solche Eingriffe, die im Wege der gesetzlich zulässigen Zwangsbehandlung erfolgen; das kann bei der Heilung von Geschlechtskrankheiten und der Sterilisation der Fall sein.

Es wäre vielleicht empfehlenswert, im deutschen Recht eine Vorschrift einzufügen, die dem § 356 öst. StG ähnlich ist. Begeht nämlich ein Arzt bei einer Behandlung oder Operation eines Kranken einen Fehler, welcher auf Unwissenheit zurückzuführen ist, dann kann ihm die Ausübung der Heilkunde solange untersagt werden, bis er in einer neuen Prüfung die Nachholung der mangelnden Kenntnisse dargetan hat; diese Maßnahme wird jedoch nur dann verhängt, wenn durch die Behandlung eine schwerwiegende Beschädigung entstanden ist. Tritt der Fehler jedoch in Folge von Nachlässigkeit ein, dann finden die allgemeinen Regeln Anwendung.

Die Grundlage für eine dem österreichischen Recht ähnliche Vorschrift ist, daß es keine Kurierfreiheit gibt; denn es würde wenig Sinn haben, unwissenden Ärzten die Berufsausübung zu untersagen, während jeder Laie Kranke behandeln darf. Eine Erörterung der für und wider die Kurierfreiheit sprechenden Tatsachen würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Es sei jedoch auf den Fall Weißenberg hingewiesen und auf die damit verbundene Schädigung durch das Kurpfuschertum. Man müßte sich in Deutschland vielleicht damit begnügen, dem Arzt, der aus Unwissenheit Schaden verursacht, die Führung der Bezeichnung „Arzt" für eine gewisse Zeit zu untersagen.

Die Sportverletzungen.

Auch bei den in einem sportlichen Wettkampf hervorgerufenen Verletzungen spielt das Problem der Einwilligung eine beachtliche Rolle. Die Statistik lehrt, daß den Fragen der Strafbarkeit von Sportverletzungen praktische Bedeutung zukommt. So werden in England allein bei Boxkämpfen durchschnittlich fünf Menschen jährlich getötet, Kenny (S. 112). Es geht nicht an, daß man einerseits die Sportbewegung von staatlicher Seite unterstützt und fördert und anderseits die bei der Ausübung möglicherweise entstehenden Verletzungen für rechtswidrig ansieht, dann müßte man auch folgerichtig den Kampf als solchen schon als rechtswidrig bezeichnen; denn gerade diese Sportart verfolgt den Zweck, den Gegner im Rahmen der Kampfesregeln nach Möglichkeit derart zu verletzen, daß er kampfunfähig wird.

Wenn man als Rechtfertigungsgrund der Sportverletzungen die Einwilligung heranziehen will, so muß man sich erst einmal darüber klar werden, daß die Einwilligung bei den sportlichen Wettkämpfen etwas ganz anderes ist als beispielsweise die Einwilligung in eine gewöhnliche Körperverletzung. Beim Boxkampf ist es nicht so, daß der eine seine Einwilligung dahingehend abgibt, von dem Gegner den ersten Schlag zu erhalten, während dieser dann seinerseits in den darauf folgenden einwilligt. Die Zustimmung wird nicht hinsichtlich einzelner Schläge erteilt, sondern ist viel allgemeiner: sie umfaßt das ganze in dem Wettkampf liegende sportliche Risiko; d. h. die bei der Verwirklichung dieses Risikos entstandenen Verletzungen bleiben

straflos. Der Boxer willigt darein, daß er von seinem Gegner so viel Schläge hinnehmen muß, wie dieser unter Beachtung der Kampfesregeln anbringen kann. Die Einwilligung wird also beim Sport durchweg nicht zu einer schon vorher bestimmten Verletzung erteilt.

Vor der Einführung von § 226a StGB macht Zeiler (DJZ Bd. 31, S. 1603) den Versuch, die Straflosigkeit der beim Sport entstandenen Körperverletzungen zu rechtfertigen. Nach der damals herrschenden Lehre konnte man nur in leichte Körperverletzungen wirksam einwilligen. Es fragte sich nun, wie die Sportverletzungen zu beurteilen waren, die unter § 224 und § 226 StGB fielen. Zeiler erachtet es für empfehlenswert, nicht von einer einzelnen Strafbestimmung auszugehen und nun zu untersuchen, welche Tatbestände von der an sich zutreffenden Vorschrift auszunehmen sind. Er hält es vielmehr für geboten, von dem Zweck des Strafgesetzes und der betreffenden einzelnen Vorschrift auszugehen und hiernach zu bestimmen, ob sie auch für jenen in Frage stehenden Tatbestand anwendbar sein kann. Aus dieser Erwägung würde folgen, daß die Vorschriften von §§ 223 ff. StGB sich nicht auf die in sportlichen Wettkämpfen entstandenen Verletzungen erstrecken können.

Doerr (S. 71, Anm. 1) will die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung infolge der Einwilligung selbst dann ausgeschlossen sein lassen, wenn bei der Sportausübung eine Verletzung mit den schweren Folgen des § 24 StGB entsteht. Er ist der Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung nicht erst durch deren Folgen bedingt ist; rechtswidrig muß vielmehr schon die Einwilligung als solche sein.

Man wird auch Einwilligung in Sportverletzungen unter dem Gesichtspunkt von § 226a StGB betrachten müssen. Allein, wenn die Einfügung dieser Vorschrift die Zweifelsfragen für die gewöhnliche Körperverletzung größtenteils entschied, so bleibt doch gerade bei den Sportverletzungen für die Wissenschaft noch ein weites Betätigungsfeld offen. Mit Hilfe von § 226a StGB kann man immer nur feststellen, ob die einzelne Sportart als solche gegen die guten Sitten verstößt. Unmöglich ist es jedoch, daß man bei jeder aus dem Kampfe entstehenden Verletzung auf die guten Sitten abstellt; man könnte sonst leicht zu eigenartigen Ergebnissen kommen. Man denke an einen Boxkampf, bei dem einem der Kämpfer eine Anzahl Zähne ausgeschlagen werden. Wird diese Tatsache für sich allein betrachtet, dann ist sie wohl schwerlich mit den guten Sitten in Einklang zu bringen: dagegen entspricht der Boxkampf als solcher durchaus diesem Begriff. Die Einwilligung in das in dieser Sportart liegende Risiko ist durchaus statthaft.

Welche Folgen sich daran schließen, daß man an die einzelne wirklich entstandene Verletzung nicht den Maßstab von § 226a StGB legen kann und insbesondere welche Verletzungen durch die Einwilligung in das „sportliche Risiko" gedeckt werden, soll weiter unten eingehend untersucht werden.

Ausgehend von dem Grundsatz „volenti non fit iniuria" gilt die bei der Ausübung eines Sportes entstandene Verletzung im englischen Recht nicht als rechtswidrig. Nur in zweierlei Hinsicht ist der Einwilligung eine Grenze gesetzt. Man kann nicht in ein sportliches Risiko einwilligen, welches die Gefahr einer sehr schweren Verletzung, etwa einer Verstümmelung, in sich birgt (Kenny S. 111). Außerdem macht die Einwilligung einen sportlichen Wettkampf nicht rechtmäßig, wenn dieser nach der Art der Austragung und seinen Kampfregeln einen Bruch des öffentlichen Friedens darstellt; vgl. Stephen (Comm. S. 61). Aus diesem Grunde ist das sog. „prize-fighting" verboten. Es handelt sich dabei um einen Boxkampf, der wegen eines Einsatzes ausgetragen wird, wobei sich die Gegner nach außergewöhnlich gefährlichen Kampfesregeln messen. Für einen solchen Kampf wird eine derart aufreizende Reklame gemacht, daß man eine gesetzwidrige Versammlung befürchten muß.

Im Endergebnis baut sich die englische Rechtsprechung bei der Frage der Sportverletzung auf einer zweifachen Unterscheidung auf. Die Einwilligung gilt als Rechtfertigungsgrund bei solchen Sportarten, die nicht die Gefahr von schweren Verletzungen in sich bergen; im Gegensatz dazu stehen die gesetzwidrigen Kämpfe. Wenn bei einer gesetzlich erlaubten Sportart Verletzungen vorkommen, die durch die Natur dieser Sportart bedingt sind, dann bleiben sie straflos. So ist z. B. ein Boxkampf, der unter den anerkannten Regeln durchgeführt wird, gesetzlich erlaubt. Wird im Verlauf des Kampfes der eine Teilnehmer durch einen unglücklichen Zufall getötet, so kann der Täter nicht wegen Totschlags zur Verantwortung gezogen werden. Anders natürlich, wenn der Erfolg durch einen groben Regelverstoß oder absichtlich herbeigeführt worden ist, vgl. Byrne (S. 132). Im Falle einer Regelübertretung will Archbold (S. 885) den Täter schlechthin wegen des dadurch hervorgerufenen Schadens zur Rechenschaft ziehen. Er berücksichtigt dabei jedoch nicht, daß Regelübertretungen wohl im Wesen fast aller Sportarten begründet sind. Mit Recht sagt daher Kenny (S. 112): Wenn jemand an einem sportlichen Wettkampf teilnimmt und dessen Regeln übertritt, so genügt das allein noch nicht, um ihn wegen einer daraus entstehenden Verletzung zu bestrafen. Außerdem ist die Einwilligung ohne Bedeutung bei solchen sportlichen Wettkämpfen, die geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören.

Die Trennung in gesetzliche und ungesetzliche Sportarten erscheint nicht sehr zweckmäßig. Die Grenze wird flüssig sein; man wird auch oft erst dann, wenn eine Verletzung entstanden ist, sagen können, ob die betreffende Sportart zu den ungesetzlichen zu zählen ist.

Um die Sportverletzungen zu rechtfertigen, muß die französische Wissenschaft einen von der deutschen und englischen grundverschiedenen Weg einschlagen; mit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund kommt man nicht zum Ziel, da ihr im französischen Recht bei der Körperverletzung, wie wir oben schon gesehen haben, keine

Bedeutung beigelegt wird. In einer bis ins einzelne gehenden Abhandlung weist Garraud (Revue) jedoch einen Weg, um auch für das französische Recht zur Straflosigkeit der Sportverletzungen zu gelangen.

Zunächst (S. 223) stellt er fest, daß der größte Teil tatbestandsmäßig als Körperverletzung anzusehen ist, sowohl hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Seite. Eine andere als die von Garraud mitgeteilte Auffassung vertritt eine Entscheidung des Gerichtshofes von Douai (Garraud, Rev. S. 223). Es wird dort ausgeführt, daß die Verletzungen ganz anderer Art wären als die Tatbestände der art. 306—311 Code pén. Der Unterschied wird auf die subjektive Seite gelegt, da bei den gesetzlichen Tatbeständen der Körperverletzung der Täter aus Haß oder Zorn handle; diese Regungen bleiben jedoch den Boxern fern, deren Kampf kein anderes Ziel habe, als ihre Geschicklichkeit zur Geltung zu bringen.

Gegen diese Auffassung wendet sich Garraud mit Recht. Bei einem Meisterschaftskampf von Berufsboxern können die Teilnehmer sehr wohl wirklichen Haß gegeneinander hegen, ohne deshalb regelwidrig zu kämpfen. Aber auch manche Amateurkämpfe lassen darauf schließen, daß diese Regungen nicht nur bei Berufssportlern zu finden sind. Hinsichtlich der subjektiven Seite ist die Ansicht des Gerichtshofes von Douai nicht haltbar.

Garraud (Rev. S. 235) lehnt die Einwilligung mit der Begründung als Rechtfertigungsgrund ab, das Gesetz könne es nicht zulassen, daß die Einwilligung des Opfers genüge, um eine Verletzung der Strafgesetze zu rechtfertigen, die im öffentlichen Interesse erlassen worden sind.

Die Lösung des Problems erblickt Garraud für das französische Recht in der Frage, ob die Gesetzgebung solche Vorschriften enthält, aus denen man ohne Zweifel auf die soziale Bedeutung des Sportes schließen kann; daraus würde die Ermächtigung folgen, daß man sich der Ausübung des Sportes hingeben kann, ohne Gefahr zu laufen, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn beim sportlichen Wettkampf Teilnehmer verletzt werden. Eine Vorschrift bezüglich des Sportes im allgemeinen findet sich in art. 1966 Code civ. Dort wird die Ausübung von Spielen zur Stählung der körperlichen Gewandtheit und Geschicklichkeit als gesetzlich anerkanntes soziales Ziel bezeichnet. Außerdem sind eine Anzahl von Verordnungen für die körperliche Ertüchtigung ergangen und in den Ministerien sind besondere Abteilungen dafür eingerichtet worden. In alledem liegt eine staatliche Anerkennung, die sich auf sämtliche Sportarten erstreckt. Aus ähnlichen Erwägungen gelangen Vidal-Magnol (S. 361) zur Straflosigkeit der innerhalb der Kampfregeln zugefügten Verletzungen.

Wie wir oben schon kurz gesehen haben, ist es nicht möglich mit Hilfe von § 226 a StGB das Problem der Sportverletzungen für das deutsche Recht restlos zu lösen. Der Grundsatz der guten Sitten kann immer nur bei der Einwilligung in das Sportrisiko einer be-

stimmten Sportart Anwendung finden. Gegen die guten Sitten würde die Einwilligung z. B. verstoßen, wenn ein Boxkampf ohne Handschuhe ausgetragen würde, die ja dazu bestimmt sind, die Wucht der Schläge herabzumindern. Ehe man auf die einzelne tatsächlich entstandene Verletzung eingeht, muß also immer erst untersucht werden, ob die Einwilligung in das Risiko der betreffenden Sportart mit § 226 a StGB in Einklang zu bringen ist.

Auszuscheiden haben aus der Betrachtung solche Wettkämpfe, bei denen es ein „sportliches Risiko" überhaupt nicht gibt, d. h. wo die Gegner zueinander garnicht in körperliche Beziehung treten. Hierbei ist vor allem an Wettbewerbe zu denken wie Kugelstoßen, Diskuswerfen, Wettlauf u. a. Wird jemand bei der Ausübung einer solchen Sportart verletzt, so sind die gewöhnlichen Vorschriften anzuwenden.

Es liegt entweder ein Unglücksfall vor, für den niemand verantwortlich ist, oder aber es handelt sich um fahrlässiges Verhalten, das nach den allgemeinen Regeln beurteilt wird.

Garraud (Rev. S. 213) will auch die Sportarten wie z. B. Fußball und Hockey nach den eben dargelegten Regeln beurteilen und nur bei solchen Kämpfen, die ausdrücklich Gewaltanwendung vorsehen, wie Boxen und Rugby, die entstandenen Verletzungen unter dem Gesichtspunkt der Sportverletzung betrachten. Das scheint jedoch nicht angebracht zu sein. Denn auch beim Fußball- oder Hockeykampf gehören Regelübertretungen, die manchmal eine Beschädigung des Gegners verursachen, mit zum Spiel. Sie sind in der Natur dieser Sportarten begründet, wenn es sich auch ausschließlich um Geschicklichkeitsspiele handelt; so auch Hofacker (DJZ 32, 454). Es sind also sowohl die Verletzungen bei Geschicklichkeitsspielen als auch bei ausgesprochenen Kampfspielen unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung in das sportliche Risiko zu beurteilen.

Garraud (Rev. S. 244) erklärt, oberstes Gesetz der Straflosigkeit sei die Einhaltung der Spielregeln. Er macht dabei einen Unterschied zwischen solchen, die aus sportlichen Gesichtspunkten aufgestellt sind, um den gewünschten Erfolg des Wettkampfes herbeizuführen, und solchen, die zur Herabminderung der Gefahr vorgeschrieben sind; zu diesen gehört das Verbot von Tiefschlägen beim Boxkampf. Garraud führt nun aus, daß dieser zweite Punkt die Bedeutung der Einhaltung der Regeln und die Verantwortlichkeit der Teilnehmer erkennen läßt. In einem Kampf willigen die Teilnehmer in das Spielrisiko ein, d. h. nur insoweit als es nicht durch die Spielregeln ausgeschlossen ist. Fügt ein Spieler einem anderen unter Regelverletzung eine Körperverletzung zu, so fällt diese nicht mehr unter das freiwillig übernommene Risiko und unter die freiwillig aufgegebenen Rechte.

Der Ansicht Garrauds kann nicht beigetreten werden. Zunächst wird es immer sehr schwierig sein, bei einer Sportregel festzustellen, ob sie zum Schutze der Mitspieler oder nur zur Wahrung der Eigenart des Spielcharakters aufgestellt worden ist. So ist es z. B. beim Handball verboten, den Ball mit dem Fuß fortzubewegen. Ohne

Zweifel handelt es sich hier um eine Vorschrift zur Wahrung der Eigenart des Handballspiels; dient diese Regel nicht aber auch gleichzeitig zum Schutz der Mitspieler?

Sodann ist es auch nicht richtig, wenn Garraud sagt, oberstes Gesetz der Straflosigkeit sei die Einhaltung der Regeln. Denn bei der Ausübung fast jeder Sportart entstehen Regelverstöße. In der Übernahme des Spielrisikos liegt nun auch gerade die Einwilligung in solche Verletzungen, welche durch die im Verlauf des Wettkampfs regelmäßig auftretenden Regelübertretungen hervorgerufen werden, vgl. auch Doerr (S. 71, Anm. 1); es handelt sich dabei nicht nur um die aus sportlichen Gesichtspunkten aufgestellten Vorschriften. Die Austragung eines Boxkampfes birgt eben die Gefahr eines Tiefschlages in sich, ohne daß dem Verursacher daraus immer ein Vorwurf gemacht werden könnte. Selbstverständlich scheidet der vorsätzliche Tiefschlag aus. Nehmen wir aber an, der eine Boxer will einen Schlag in die Magengrube anbringen. Da die Teilnehmer des Kampfes sich in dauernder Bewegung befinden, landet der Schlag nicht in der Magengegend sondern als Tiefschlag. Hier liegt also ohne Zweifel eine Übertretung der Kampfesregeln vor, die mit Recht schwer geahndet wird. Nach Garraud wäre der Täter auch strafrechtlich verantwortlich; ein unbilliges Ergebnis!

Man muß vielmehr darauf abstellen, ob der Täter bei Zufügung der Verletzung fahrlässig gehandelt hat. Dies gilt sowohl für die Übertretung von Regeln, die zur Wahrung der sportlichen Eigenart des Kampfes aufgestellt sind, als auch von den ausgesprochenen Schutzvorschriften, a. A. Garraud (Rev. S. 245). Dabei ist noch zu bemerken, daß gerade in Anbetracht des gefährlichen Charakters mancher sportlicher Wettkämpfe von den Mitspielern eine erhöhte Sorgfaltspflicht und Aufmerksamkeit gefordert werden muß. Einen guten Hinweis gibt Garraud (Rev. S. 248), wo er darlegt, daß selbst bei Einhaltung der Spielregeln u. U. der Urheber einer Verletzung zur Verantwortung gezogen werden kann. Beim Rugby ist es gestattet, den Gegner von vorn zu erwarten und ihn zum Sturz zu bringen, damit er den Ball aufgibt. Wenn nun ein Spieler seinen Kopf heftig gegen den Unterleib des Gegners rennt und dieser in Folge des starken Stoßes derart stürzt, daß er eine schwere Verletzung erleidet, dann liegt an sich keine Übertretung der Spielregeln vor. Dennoch stellt diese Handlung eine so große Unvorsichtigkeit und Rücksichtslosigkeit dar, daß eine strafrechtliche Verfolgung durchaus angebracht erscheint. Gerade weil beim Rugby nahezu alle Mittel als erlaubt gelten, um dem Gegner den Ball zu entreißen, muß von den Spielern eine erhöhte Aufmerksamkeit gefordert werden. Sie müssen alle Handlungen unterlassen, welche dazu geeignet sind, Verletzungen hervorzurufen, die über den Rahmen des üblichen hinausgehen.

Zu einem anderen Ergebnis scheint Zeiler (DJZ. 31, 1603) zu kommen, der alle Verletzungen, die ohne Übertretung der Spielregeln entstehen, für straflos erklären will. Daß dadurch nicht immer einwandfreie Ergebnisse erzielt werden, gibt er zu. Er ist aber der An-

sicht, man könne daran nichts ändern, solange die betreffende Sportart mit den jeweils geltenden Kampfbestimmungen staatlich nicht verboten sei. Daran, daß gerade bei Ausübung von gefährlichen Sportarten die Spieler eine Pflicht zu größter Vorsicht und Aufmerksamkeit trifft, denkt er nicht.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß bei den Verletzungen zuerst geprüft werden muß, ob die Einwilligung in das sportliche Risiko der betreffenden Sportart mit den guten Sitten in Einklang zu bringen ist. Die Strafbarkeit einer durch Regelübertretung entstandenen Verletzung hängt davon ab, ob dem Täter Fahrlässigkeit zur Last fällt; manche Wettkämpfe, die von Natur aus gefährlich sind, erfordern erhöhte Aufmerksamkeit. Es können auch Handlungen strafbar sein, die nach den Spielregeln als erlaubt gelten.

Kann die Einwilligung im kommenden Strafrecht als Rechtfertigungsgrund angesehen werden?

Man muß sich fragen, ob denn die Einwilligung im kommenden Strafrecht überhaupt noch als Rechtfertigungsgrund gelten kann. Bei der Einwilligung des Berechtigten geht man doch davon aus, daß der Einzelne über seine Rechte verfügen kann. Bezüglich der Körperverletzung spricht man vom „dominus membrorum suorum". Die Anerkennung dieser Verfügungsmacht ist eine typische liberalistische Erscheinung. Man billigt dem Individuum das Recht zu, die zu seinem Schutze erlassenen Gesetze dadurch ihrer Wirkung zu berauben, daß in eine Verletzung eingewilligt wird.

Zum ersten Mal in den uns bekannten Rechtskreisen taucht das Problem der Einwilligung im römischen Recht auf: nulla iniuria est, quae in volentem fit (D 47, 10 de ini. I, 1 § 5). Honig (S. 2) ist der Ansicht, daß dieser Satz nicht nur für das Gebiet der Beleidigung Gültigkeit hatte, sondern alle Handlungen umfaßte, durch welche die menschliche Persönlichkeit verletzt werden kann, so auch Mezger (Lehrb. S. 213). Eine Anzahl anderer Schriftsteller (vgl. Vidal-Magnol S. 357) will diesen Satz jedoch ausschließlich auf die Beleidigung beschränken und versagt ihm darüber hinaus Geltung. Der nationalsozialistische Staat bezeichnet sich als totaler Staat; das bedeutet, es gibt kein Gebiet, in das er nicht zum Eingreifen berechtigt wäre, falls es sich als notwendig erweisen sollte. Aus dieser Erwägung heraus ist es undenkbar, daß das kommende Strafrecht der Einwilligung in jedem Fall rechtfertigende Bedeutung beilegen kann. Ebensowenig wird man jedoch sagen können, daß der Einwilligung des Berechtigten niemals Bedeutung beigelegt werden dürfe.

Beide Ansichten würden den Sinn und den Zweck unserer strafrechtlichen Vorschriften völlig verkennen. Einerseits haben sie zwar öffentlich-rechtlichen Charakter und können durch Vereinbarungen der ihnen unterstellten Einzelperson nicht abgeändert oder gar aufgehoben werden. Anderseits besteht jedoch für den Staat in gewissen

Fällen nicht die geringste Veranlassung, in die Rechtssphäre des Einzelnen schützend einzugreifen, wenn der Verletzte durch die Erklärung seiner Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß er auf staatlichen Rechtsschutz keinen Wert legt. Man wird also auch in Zukunft nicht mit allgemeiner Gültigkeit sagen, ob die Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigt oder nicht.

Eine allgemeine Richtlinie läßt sich nur durch Abstraktion aus den Einzeltatbeständen des Gesetzes gewinnen; so auch für das bisherige Recht Gerland (V. D. S. 489). Dieser Weg mag auf den ersten Blick sehr umständlich und schwierig erscheinen. Das trifft jedoch keineswegs zu, wenn man bedenkt, daß eine große Anzahl ganzer Deliktsgruppen für das Problem der Einwilligung von vornherein ohne Bedeutung sind; so auch Frank (S. 141); der gleichen Ansicht ist Hoegel (S. 189) für das österreichische Recht, der den § 4 für vollständig verfehlt hält.

Es scheiden zunächst die Verbrechen gegen die Rechtsgüter des Staates aus; bei ihnen ist eine Einwilligung von vornherein undenkbar. Wer sollte denn einwilligen? Ein Einzelner wird ja von einer gegen den Staat gerichteten Handlung nicht unmittelbar berührt. Es ist selbstverständlich, daß im kommenden Strafrecht die Rechtsgüter des Staates eine weit größere Ausdehnung erfahren als in der vergangenen Zeit. Um nur ein Beispiel herauszugreifen: bis zum nationalsozialistischen Umbruch gab es eine weitverbreitete Meinung, welche die Abschaffung der Strafvorschrift des § 175 StGB verlangte. Schon jetzt, vor Vollendung des Entwurfs, steht fest, daß von einer Abschaffung dieser Vorschrift keine Rede sein kann; im Gegenteil, die Strafe ist sogar erheblich verschärft worden. Der Staat will damit dem zersetzenden Treiben jener Elemente entgegentreten.

Aus ähnlichen Gründen ist bei den zum Schutz der Rasse und dem erst kürzlich erlassenen Erbgesundheitsgesetz (18. 10. 35) eine Aufhebung der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung nicht möglich. Die geschützten Rechtsgüter — Reinhaltung der Rasse und Verhütung von erbkrankem Nachwuchs — nimmt der Staat für sich in Anspruch.

Es wäre allerdings angebracht, wenn bei all den Tatbeständen, wo es sich nicht schon aus dem Sinn und Zweck ergibt, daß Staatsinteressen geschützt sind, ausdrücklich darauf hingewiesen wird, um allen Zweifeln vorzubeugen. Denn wenn man auch in der vergangenen Zeit zwischen Rechtsgütern des Staates und des Individuums unterscheiden wollte, so gingen doch die Meinungen sehr weit darüber auseinander, wie im Einzelfalle zu entscheiden war; je nach der Auffassung vom Wesen des Staates billigte man dem Einzelnen mehr oder weniger Rechte zu.

Ferner ist die Einwilligung dort ohne Bedeutung, wo ein Handeln gegen den Willen des Verletzten Tatbestandsmerkmal ist, wie z. B. bei der Nötigung und den verwandten Fällen. Hier kommt bei Einwilligung des Berechtigten der Tatbestand überhaupt nicht zur Entstehung.

Ähnlich gelagert sind die Fälle, wo List Begriffsmerkmal des Tatbestandes ist. Eine Einwilligung käme hier dem Durchschauen der List gleich; dann liegt jedoch keine Überlistung mehr vor, der Tatbestand ist nicht verwirklicht. Selbstverständlich darf bei diesen Fällen unter der beachtlichen Einwilligung nicht schon die Zustimmung zu der Handlung des Täters verstanden werden, die gerade durch die List erlangt ist, sondern nur die trotz Durchschauung der List erteilte Einwilligung.

Schließlich scheiden noch alle Fälle aus, in denen ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Verletzten gestraft wird, wie z. B. bei dem Wucher; hier soll der Verletzte gewissermaßen vor sich selbst geschützt werden (Gerland, V. D. S. 490).

Alle die eben aufgeführten Tatbestände scheiden für unser Problem vollständig aus. Es bleibt also nur eine verhältnismäßig geringe Anzahl von Tatbeständen übrig, wo die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Berechtigten ausgeschlossen werden kann. Wünschenswert ist es, daß der Gesetzgeber zu allen diesen Fällen eindeutig Stellung nimmt und nicht die Lösung der Probleme der Rechtsprechung überläßt. Diese Forderung ist auch schon früher von verschiedenen Seiten erhoben worden; vgl. Träger (Ger.S. 94/114). Auf das gleiche Ziel läuft es auch hinaus, wenn andere (wie z. B. Honig S. 177) eine Vorschrift im allgemeinen Teil fordern, welche die Bedeutung der Einwilligung festlegt; das wäre nur ein aus den Einzelbestimmungen abgezogener Satz, eine Zusammenfassung.

Beschränkte Wirkung der Einwilligung auch im kommenden Strafrecht, das ist das Ergebnis, zu dem wir gelangen. Als Grenze der Wirksamkeit der Einwilligung wird die Unterscheidung zwischen persönlichen und öffentlichen Rechtsgütern anzusehen sein. Die Frage, wann im Einzelfalle öffentliche Interessen verletzt sind, muß von der Gesetzgebung erschöpfend beantwortet werden, um allen Zweifeln von vornherein aus dem Wege zu gehen.

LEBENSLAUF

Am 28. 11. 1913 wurde ich, Wolfgang Brendel, als Sohn des jetzigen Oberstudienrates Dr. Rudolf Brendel in Magdeburg geboren. Nach drei Vorschuljahren kam ich Ostern 1923 auf das Reform-Realgymnasium zu Magdeburg, wo ich Ostern 1932 die Reifeprüfung bestand. Auf der Schule hatten mich besonders die sprachlichen Fächer stark interessiert.

Nach der Reifeprüfung begann ich mein rechtswissenschaftliches Studium. Das erste und dritte Semester belegte ich an der Universität Rostock; die übrige Zeit brachte ich in Halle a./S. zu. Ich hörte Vorlesungen bei den Herren Professoren: Bilfinger, Hein, Schwinge, Muß, Finger, Rud. Schmidt, Fleischmann, Siebert, Wegner, Böhmer, Henle, Wolgast, Hallstein, Tartarin-Tarnheyden. Während der Universitätsferien nahm ich an Wehrsportlagern und am freiwilligen Arbeitsdienst teil.

Im Anschluß an das sechste Semester meldete ich mich zum Referendarexamen, das ich im Juli 1935 in Naumburg mit „gut" be-, stand. Seit dem 15. September 1935 befinde ich mich in dem Vorbereitungsdienst.

Auch an dieser Stelle möchte ich Herrn Professor Wegner nochmals meinen Dank für die Anregung und Unterstützung der Bearbeitung vorliegender Arbeit aussprechen.